

III. LA DISCRIMINACIÓN COMO DESIGUALDAD DE TRATO

LA POLISEMIA DE LA DISCRIMINACIÓN

La construcción recta de un sistema democrático exige un poderoso componente igualitario. Por ello, puede sostenerse que la discriminación, entendida como desigualdad de trato, mina las condiciones de la democracia y refuerza el abuso y la arbitrariedad que caracterizan las relaciones entre los grupos sociales. Desde luego es posible que exista y se mantenga en el tiempo, así sea de forma inestable, un régimen democrático sobre la base de una sociedad excluyente y discriminatoria; pero es inconcebible que esta misma base sea compatible con una sociedad democrática de calidad, con posibilidad efectiva de cerrar las brechas de desigualdad económica y de discriminación entre personas y grupos, de adecuado rendimiento en sus instituciones y capaz de reproducir en el tiempo y hacer crecer entre sus ciudadanos la legitimidad que la justifica.

En un texto pionero para el debate contemporáneo de la discriminación en México, Gilberto Rincón Gallardo sentenciaba lo siguiente:

Resulta del todo inadmisible que en el México del siglo XXI persistan prácticas discriminatorias tan extendidas como oprobiosas que, entre otros efectos, han generado un gigantesco daño humano a través de la inequidad y la fragmentación sociales, vulnerando en sus derechos, libertades y oportunidades tanto a personas como a grupos y comunidades (...) Los actos

de discriminación son violaciones directas de los derechos humanos fundamentales. Si entendemos la discriminación como un trato diferenciado que daña la dignidad humana aún cuando se esconda tras el respeto formal de las libertades y la igualdad legal o política, debemos decir que una sociedad no puede considerarse plenamente democrática si no es capaz de ofrecer una protección efectiva de los derechos inalienables de la persona (Rincón 2001, 22-3).

El énfasis puesto por el acreditado político mexicano a esta asociación entre discriminación y violación de los derechos humanos debe ser tomado con toda seriedad pues, como se verá, el lenguaje político para hablar de la discriminación es precisamente el de los derechos humanos o fundamentales. Además, es necesario conservar el matiz, de enorme importancia analítica, que hacía Rincón Gallardo, acerca de la apariencia de igualdad formal que puede encubrir a una sociedad discriminatoria. La discriminación, un trato diferenciado que daña la **dignidad humana**,¹⁶ puede esconderte tras el **respeto formal de las libertades y la igualdad legal o política**; lo que con frecuencia invisibiliza no sólo las prácticas discriminatorias sino los daños que éstas causan. En México, las condiciones de competencia política y electoral se liberalizaron y sanearon desde la década de 1990, no sin recaídas y retrocesos parciales en los últimos años. Bajo un trazo muy grueso, puede decirse que las condiciones políticas de la democracia se asentaron y regularizaron en el momento finisecular; sin embargo, las profundas desigualdades socioeconómicas y de trato, además de otras

¹⁶ Debe recordarse que la noción de dignidad humana, liberada de connotaciones teológicas, aparece claramente determinada por el discurso de los derechos de la persona a partir del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU 1948).

patologías sociales como la inseguridad y la debilidad del Estado de derecho, tienden un ominoso cerco de amenazas sobre la vigencia y viabilidad de esta forma política.

Un Estado democrático no sólo **funcional** en cuanto a la regularidad y eficacia de sus instituciones y procedimientos electorales, sino también **productivo** en cuanto a su capacidad institucional de alcanzar metas de contenido social (igualdad, solidaridad, seguridad humana, educación, salud, etc.), sólo se puede construir al hilo de una política de Estado que ataque a la desigualdad en todas sus dimensiones y, con ello, garantice el ejercicio de todos los derechos sin excepción. Entre las diversas tareas que tal compromiso con la igualdad acarrea, la determinación de una política de la no discriminación ocupa un lugar central.

Por ello, es del todo pertinente justificar el emplazamiento de la política antidiscriminatoria como uno de los pilares estructurales del orden social que conjuran el peligro del formalismo liberal (es decir, del vaciamiento de sentido y pérdida de relevancia de los derechos políticos como resultado del peso abrumador de las desigualdades) que asuela a la democracia política de nuestros días y la pone en situación de vulnerabilidad frente a los poderes salvajes y fácticos. Sólo el acceso pleno a los derechos fundamentales hace posible el juego democrático. Una democracia en nuestra era, digna de llamarse así, debería contemplar como requisito la vigencia plena, universal e igualitaria de esos derechos. Dice Luigi Ferrajoli:

En suma, lo que ha cambiado con el progreso del derecho, aparte de las garantías ofrecidas por las codificaciones y las constituciones, no son los criterios —personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía— conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal (Ferrajoli 1999, 41).

Ahora bien, como paso propedéutico para delinear los alcances democráticos de la política antidiscriminatoria en el horizonte normativo de los derechos fundamentales, debemos transitar primero por la ruta de esclarecer el significado del concepto de discriminación.¹⁷ Como he comentado, la discriminación debe ser entendida como desigualdad de trato, lo que significa, en primera instancia, que tiene que ver con **relaciones políticas o de dominio** —siempre de carácter inequitativo o asimétrico— que acontecen entre los grupos sociales pero en general a través de las relaciones entre individuos; y en segundo lugar, que se trata de un fenómeno de naturaleza fundamentalmente **cultural**, que halla sus motores o fuerzas propulsoras en las representaciones simbólicas que los sujetos tenemos sobre los grupos humanos, en los prejuicios y en los procesos de estigmatización de los “otros”.

Es muy fácil incurrir en la banalización de la discriminación, es decir, disolver su naturaleza específica en juicios morales abstractos o enunciados vagos o imprecisos sobre las conductas sociales como las que la vinculan al mal gusto, a la grosería, a la ausencia de solidaridad o a la falta de hábitos de urbanidad y decencia. Incluso, puede derivarse de esta percepción errónea la idea de que la estrategia de lucha democrática contra la discriminación se reduce a un cambio de educación y disposiciones hacia los otros, sin afectar las relaciones estructurales del orden social. A esto es a lo que he denominado la “estrategia edificante contra la discriminación”, que tiene el defecto, entre otros, de no considerar que la lucha contra la discriminación sea una tarea sustantiva y estructural comandada por un Estado democrático.¹⁸ Para atajar esta ruta equívoca

¹⁷ He llevado a cabo una tarea de conceptualización de la discriminación y la no discriminación en dos libros previos a éste, por lo que ahora traslado a este texto, aunque con nuevos desarrollos, los enunciados básicos de lo que en ellos he formulado. Cfr. Rodríguez Zepeda (2004a) y Rodríguez Zepeda (2006).

¹⁸ He definido esta estrategia de la siguiente manera: “Con este enunciado me refiero a la tendencia a reducir la lucha contra la discriminación a un programa

de entendimiento, habrá que rescatar el significado específico de la discriminación como forma fuerte y significativa de la desigualdad entre personas, lo que conlleva la exigencia de una intervención estructural del Estado democrático para su reducción y eliminación.

Sujeta a una amplia polisemia, **discriminación** es una palabra que registra una gran cantidad de usos cotidianos del lenguaje. Se trata de un término de uso frecuente, por lo que tenemos evidencia de sus significados diversos y hasta contrastantes. El *Diccionario de la Lengua Española* registra 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.” (RAE 1992).¹⁹ En la primera acepción de esta definición de diccionario, que llamamos lexicográfica (pues está referida 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. Bajo esta acepción, la discriminación no implica valoración o expresión de una opinión negativa. Este primer significado otorga neutralidad al vocablo, ya que no postula a la discriminación como una acción guiada por criterios axiológicos (valorativos) o de intencionalidad política o de dominio. En el campo de esta acepción, alguien discrimina cuando distingue una cosa de otra, sin que ello implique una conducta de exclusión o rechazo. Así, podemos discriminar

de convencimiento que apela a la buena voluntad de los particulares para reducir la comisión de actos discriminatorios” (Rodríguez Zepeda 2003, 65).

¹⁹ En lengua inglesa las cosas no son distintas. Por ejemplo, el Cambridge International Dictionary of English (1995) registra dos sentidos del verbo “discriminar” (*to 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”.

objetos por tamaños, colores o formas, sin que esto implique que algunos entre ellos son superiores o inferiores y sin que se exprese desprecio hacia el objeto por parte del sujeto que ejerce esa acción de discriminar.

Resulta claro que el primer uso lexical del vocablo discriminar no contiene el sentido político que constituye el objeto de nuestro interés. De cualquier modo, es necesario reparar en su existencia y vigencia social, pues con frecuencia los demás sentidos del mismo vocablo, en los que sí aparecen elementos de corte despectivo o implican valoraciones negativas sobre otras personas y por ende formas o atisbos de dominio ilegítimo, pueden ser tratados de justificar bajo el argumento de que se trata de meras clasificaciones o distinciones sin peso axiológico o sin implicaciones derogatorias. Una plasmación frecuente de este uso traspuesto está en el acto de habla aparentemente neutral que identifica a las personas por el color de su piel o por su grupo étnico. En las prácticas vernáculas de discriminación encontramos expresiones del siguiente tipo: “¿Por qué no he de llamar negro a un negro, si su color es negro?”, o bien “¿Por qué no he de llamar indio a quien en realidad es un indio?” Aparentemente, estas oraciones se refieren a una clasificación o distinción que satisface nuestra primera acepción del término (separar o distinguir). Empero, bien observadas, las frases tienen algo de culturalmente irregular que las hace anómalas, pues a las personas “blancas” no se les identifica o clasifica como “blancas” sino por otras categorías más generales: personas, hombres, gente, etcétera. Al darle prioridad en la “clasificación” pretendidamente neutral (llamar negros a los negros cuando nunca llamamos blancos a los blancos) el juicio del sujeto que discrimina pone el acento en un elemento distintivo racial y pasa de la acepción clasificatoria de discriminar a la acepción negativa o derogatoria que revisaremos en seguida.

El siguiente sentido del verbo discriminar es también lexicográfico, aunque expresa un componente político o de dominio no

presente en la primera acepción. El componente político de la discriminación se asoma cuando encontramos en la segunda acepción la referencia a una “relación entre personas”, y de manera más precisa, a una “relación asimétrica entre personas”. En la segunda acepción, como dice el diccionario de la lengua española, la discriminación implica “un trato de inferioridad y una diferenciación por motivos como la raza o la religión”. Éste es el uso más extendido en el habla regular, y conlleva siempre un sentido axiológico negativo. La diferenciación aquí referida supone dos polos de una relación humana: un sujeto pretendidamente superior y uno pretendidamente inferior que interactúan sobre la base de algún rasgo del segundo sujeto de la relación que no es bien visto o aceptado por el primero. 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, la conducta sexual, etcétera. De esta manera, si alguien es considerado inferior por ser indígena, mujer u homosexual, tendemos a decir que está siendo discriminado. Este uso alude a los prejuicios negativos y los estigmas que están a la base de la discriminación.

Para darle una enunciación formal o teórica a estas referencias lexicográficas, revisemos el argumento del profesor Barry S. Gross, un estudioso de la discriminación, que despliega los significados de la discriminación del siguiente modo:

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 alguien (Gross 1978, 7).

Luego, agrega: "... es obvio que el sentido 4 es el relevante para el problema de la justicia social" (Gross 1978, 7). La cuarta acepción del esquema de Gross coincide con el segundo sentido de la definición lexicográfica que hemos revisado antes, es decir, se refiere a una distinción contraria o adversa en el marco de una relación no homogénea ni equitativa.

Llegados a este punto del argumento, encontramos que la discriminación supone valoraciones negativas hacia una persona o grupo en razón de un atributo como la raza o el sexo. Ahora bien ¿este segundo sentido lexicográfico (coincidente con el cuarto criterio de Gross) contiene el significado pleno de la discriminación en el ámbito social y político? ¿Cuál es el sentido preciso de "dar un trato de inferioridad" como dice el diccionario, o bien de "hacer una distinción adversa" como postula el académico norteamericano? ¿Existe un indicador socialmente objetivo de esta situación de inferioridad o de tal distinción contraria a alguien? Si logramos darle precisión a estos enunciados intuitivamente correctos pero política y jurídicamente vagos, estaremos en la ruta de un concepto sólido de discriminación.

HACIA UNA DEFINICIÓN TÉCNICA DE DISCRIMINACIÓN

La imprecisión de la definición lexicográfica, e incluso de definiciones académicas como las de Gross, muestra que es necesario encarar el problema del significado de la discriminación a través de un enfoque alternativo, a saber, el que nos es proporcionado por la referencia a las consecuencias de la discriminación sobre ciertos bienes fundamentales propios del sujeto moral o jurídico que la sufre. 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 político que resulta esencial para lo que he denominado una “definición técnica de discriminación”. Como veremos, lo propio de esta última es la limitación de derechos y oportunidades de los sujetos discriminados. En otras palabras, es necesario, para consolidar la definición técnica, entender la discriminación en razón del daño que produce.

El campo semántico relevante para emplazar una definición teóricamente correcta y política y jurídicamente productiva de discriminación no es otro que el de los derechos humanos o fundamentales.²⁰ En efecto, como hemos observado, la carencia del segundo significado lexicográfico es que es a tal punto impreciso que con frecuencia hace perder de vista lo específico de la discriminación como fenómeno sociopolítico de graves consecuencias. Aquí no se ha sostenido que alguno de los sentidos lexicográficos sea falso o inexistente (el sentido de los términos es un fenómeno social y no se construye a partir de las estipulaciones teóricas del académico), aunque cabe señalar que son parciales o unilaterales desde el punto de vista de la construcción de una teoría de la discriminación capaz de contener implicaciones políticas y jurídicas de primer orden para un sistema democrático. La debilidad de los acercamientos lexicográficos reside en la omisión de un elemento propio y 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 subsume o integra el sentido lexicográfico de que la

²⁰ En este libro utilizo de manera indistinta los enunciados “derechos humanos” y “derechos fundamentales” porque la indistinción de uso no afecta el contenido explicativo de mi argumento. Debo señalar, sin embargo, que un discurso especializado sobre los derechos fundamentales en nuestros días no pueden obviar la diferencia semántica entre ambas categorías de derechos. Cfr. Ferrajoli (1999, 37-41).

discriminación es una relación asimétrica basada en una valoración negativa de otras personas a las que se considera inferiores por atributos como su sexo, raza o discapacidad, pero le adiciona las **consecuencias** de esta consideración respecto de un esquema de derechos fundamentales.

Históricamente, el lenguaje político y jurídico de la discriminación se nutrió de forma central de la experiencia política, jurídica e institucional del movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos de América. Las precisiones semánticas del término discriminación, su relación con la desigualdad, su vínculo privilegiado con la agenda racial y la de género e incluso el repertorio de las políticas que la combaten como los castigos legales y las medidas de Acción afirmativa provienen de esa experiencia. Por ello, la construcción de un argumento serio sobre el derecho a la no discriminación en México y en otros países no puede desentenderse de esta historia peculiar de nuestro derecho. Sin embargo, también es cierto que buena parte de las dificultades políticas y argumentativas de esta cuestión provienen de las limitaciones conceptuales y jurídicas del debate antidiscriminatorio estadounidense, tanto político como académico. La escasa aparición en éste de una referencia sistemática a los derechos fundamentales y el énfasis en el tema del acceso a los servicios o a las oportunidades, o bien la desconexión conceptual y legal entre el principio de no discriminación y los mecanismos de compensación (como la acción afirmativa) hacen aconsejable fundar adicionalmente nuestra conceptualización de este derecho en el recurso a la legislación internacional e incluso a otras experiencias legislativas nacionales.²¹

²¹ Una tarea de tal tipo ha sido llevada a cabo por Gustavo Ariel Kaufman (2010), quien, con un fuerte conocimiento de la experiencia antidiscriminatoria estadounidense, registra y explica los aportes normativos y conceptuales de los tratados internacionales y legislaciones nacionales en esta materia.

A diferencia de otros discursos sobre la igualdad —igualdad liberal ante la ley o igualdad socioeconómica de tradición socialista—, en los que la teoría política formuló modelos normativos que luego orientaron la acción política, la reforma social y la fundación de normas e instituciones, en el caso de la desigualdad de trato ha sucedido más bien lo contrario: la teoría ha seguido a la experiencia social y política. Por ello, la construcción de una argumentación normativa sobre el derecho a la no discriminación está formalmente encadenada al lenguaje del derecho antidiscriminatorio que se produjo en distintos ámbitos legislativos.

Debido a lo anterior, las definiciones que podemos construir en la teoría, si quieren ser democráticamente significativas, han de nutrirse de la redacción de una amplia serie de instrumentos o leyes internacionales que se han convertido en modelo 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 hemos encontrado en piezas de legislación antes que en teorías, aunque estas últimas pueden cumplir la tarea de sistematizarla y darle coherencia argumental —como es el propósito de este libro—. En todo caso, lo que no por evidente debe dejar de remarcarse es que la definición técnica de la discriminación que hemos buscado se formula en estas legislaciones siempre bajo el lenguaje de los derechos fundamentales.

En el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos encontramos la siguiente aseveración normativa:

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
(ONU 1948).²²

Esta temprana referencia a la discriminación contiene ya el sentido técnico de la definición que pretendemos establecer. En ella está contenido el juicio de que toda persona debe estar protegida por el Estado contra toda discriminación “que infrinja” la propia Declaración, lo que equivale a sostener que no ser discriminado es lo mismo que tener acceso a todos los derechos y libertades (civiles, políticos y sociales) estipulados por la propia Declaración. Encontramos aquí dos rasgos definitorios del derecho humano a la no discriminación: el primer rasgo atiende a su vinculación contextual y de contenido con el valor de la igualdad ante la ley, lo que nos hace relacionar de manera prioritaria la no discriminación con el principio legal moderno de prohibición de tratos arbitrarios, selectivos o caprichosos por parte de la autoridad respecto de los ciudadanos, significativamente bajo el supuesto de que debemos ser jurídicamente iguales porque fenomenológica o empíricamente somos **diferentes**.²³ El segundo rasgo da cuenta de este derecho como una forma de igualdad que hace posible la titularidad y ejercicio efectivos de derechos de otra índole pero también fundamentales: civiles, políticos y sociales. De

²² Sobre el mismo tema, Miguel Carbonell (2005, 179) ha llamado la atención sobre el carácter antidiscriminatorio del artículo 2 de la Declaración que establece que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

²³ Dice Pérez Portilla (2005, 15): “En suma, la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes (...) todas las personas son de hecho diferentes unas de otras por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, entre otras”.

este modo, no es exagerado sostener que, ya desde su formulación en la Declaración de 1948, el derecho a la no discriminación debe ser leído como una forma de igualdad constitutiva que hace posible la garantía del resto de derechos.

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”, como un derecho **llave** para otras titularidades jurídicas. Por ello, aunque la no discriminación es un derecho que se emplaza primeramente en la órbita del valor de la igualdad, posibilita a la vez el acceso realmente (y no sólo formalmente) igualitario al sistema de libertades (Salazar y Gutiérrez, 2008: XIII-XVI).

El orden del discurso establecido en la *Declaración* fue desarrollado en los instrumentos de derecho internacional antidiscriminatorio que condujeron, en relación con la protección de grupos discriminados, este derecho humano a niveles más específicos. En este sentido, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, nos da la siguiente definición:

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* (ONU 1965-1969).

En el mismo tenor, el instrumento internacional de mayor trascendencia 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, entiende la discriminación de la siguiente manera:

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* (ONU 1979-1981).

Situados en el horizonte de los derechos fundamentales, no resulta accidental que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la no discriminación se formule, al inicio del capítulo de las garantías individuales, en relación directa con el principio de igualdad que allí se establece:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, 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 (CPEUM 1917-2010).

Conforme al argumento de Miguel Carbonell de que el derecho constitucional a la no discriminación es una forma de la igualdad constitucional, podríamos decir que la no discriminación es una especie

particular del género amplio de la igualdad constitucional, siendo su diferencia específica el trato desigual o inequitativo por razón de pertenencia grupal en que se sustancia su fenomenología.²⁴

De manera consonante con la Constitución, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (2003) contempla la discriminación como:

... toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones (LFPED 2003).

La discriminación se inscribe, de esta manera, en el horizonte de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ello hace evidente la necesidad de su eliminación para lograr una sociedad democrática libre, igualitaria y justa. Ahora bien, en la definición misma de Barry S. Gross, expresiva de la manera en que se ha desarrollado el discurso antidiscriminatorio en los Estados Unidos de América, queda abierta la posibilidad de incluir esta visión de la discriminación como una práctica social violatoria de derechos fundamentales. Este autor sostiene que:

²⁴ Carbonell (2005, 177) argumenta: “La prohibición de discriminación es una de las distintas manifestaciones que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones”.

El rasgo central de la discriminación como un problema social consiste en juzgar a la gente solamente como miembro de un grupo despreciado, y debemos descubrir cuándo es moralmente erróneo hacerlo... Lo que queremos saber es cuándo un miembro de un grupo puede no ser legítimamente discriminado sobre la base de su pertenencia grupal (Gross 1978, 10).

El criterio del 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, etcétera (Gross 1978, 10-11). Es digno de destacarse en este argumento que el terreno de la discriminación **moralmente errónea** coincide con el daño a derechos fundamentales como la igualdad jurídica, el derecho a la vivienda, a la justicia equitativa o al trabajo. Así, aunque sea de manera implícita —pues la Constitución estadounidense no registra derechos sociales o de bienestar—, la definición de Gross puede a fin de cuentas incluirse en las variantes del sentido técnico de discriminación que aquí se ha defendido.

Para la construcción de una teoría política de la discriminación, el contenido técnico —vale decir, el relativo a los derechos fundamentales— de las definiciones jurídicas que hemos traído al argumento es imprescindible. Sin embargo, una definición política, que es a lo que queremos llegar en este texto, debería también considerar elementos causales del fenómeno de la discriminación que en general no se hacen visibles en las citadas definiciones legales del fenómeno. En este sentido, en el proceso de avance hacia una definición capaz de contemplar tanto las causas de la discriminación como sus posibles rutas de solución, tendremos que abordar

el peso de las representaciones colectivas en la construcción del fenómeno discriminatorio.

ESTIGMA Y PREJUICIO: MOTORES DE LA DISCRIMINACIÓN

Para dar cuenta del elemento eficaz o posibilitador de las conductas discriminatorias podemos partir de las evidencias arrojadas por un estudio demoscópico de primera importancia para nuestro tema: la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (SEDESOL-CONAPRED 2005). Se trata del primer estudio demoscópico globalizador y sistemático acerca de las distintas vertientes del fenómeno discriminatorio en nuestro país. Los resultados de este estudio demoscópico han mostrado, entre otras cosas, que en el terreno de las percepciones y las opiniones de la población la desigualdad no sólo tiene como fuente a la brecha de ingreso y calidad de vida entre grupos, sino también a los tratamientos negativos hacia algunos colectivos sociales sobre la base de determinados prejuicios o estígm as que les han sido arbitrariamente atribuidos.

El resultado más notorio de la encuesta ha sido poner de relieve que los problemas de desigualdad en México no se presentan sólo en la estructura socioeconómica, sino que se localizan también en el terreno de las **actitudes de exclusión y desprecio sistemático** hacia grupos determinados; y que tienen como consecuencia la disminución o anulación de los derechos fundamentales de quienes los componen. En este sentido, debo reiterar que la discriminación debe contemplarse como una forma específica de la desigualdad, no reducible al diferencial de ingresos y calidad de vida, pero similarmente lesiva en términos de calidad de vida. Empero, aún a un nivel intuitivo, y siguiendo la opinión presente en la muestra poblacional de la encuesta, parece razonable atender a la evidencia de que la amplia extensión y el arraigo cultural de las prácticas de

discriminación están ligados de manera no accidental con los niveles de desigualdad social prevalecientes en el país.²⁵

Manteniendo la intención teórica general de este libro, la referencia al estigma y al prejuicio no tiene una intención científico-social, es decir, descriptiva y analítica, sino más bien una intención normativa y regulativa, vale decir, filosófico-política, tras la cual se busca justificar esta nueva lectura del fenómeno de la desigualdad que no entiende a ésta reducida a la dimensión socioeconómica de las medidas del ingreso y de su correlativo haz de oportunidades sociales. En este sentido, pretendo reforzar el punto de vista que articulé en el primer capítulo a propósito del valor de la igualdad, sólo que ahora visto a la luz de la variedad de prácticas discriminatorias que han sido registradas en la encuesta de referencia. En este sentido, pretendo continuar el tipo de reflexión normativa construida sobre la base de un estudio demoscópico sobre la realidad de la discriminación, tal como fue hecho, de manera ejemplar, por Ronald Dworkin (2000) en su libro *Sovereign Virtue*, a propósito del famoso estudio titulado *The Shape of the River* de Bowen y Bok (1998).²⁶ Nos mantenemos, entonces, en el nivel de un argumento normativo porque el valor sustantivo que está a la base de la argumentación es, precisamente, el de igualdad. De este modo, algunos rasgos de este estudio empírico nos permitirán entender

²⁵ Según la encuesta, 80.4% de la población consultada opina que “disminuir la discriminación es tan importante como disminuir la pobreza”, mientras que sólo un 16.6% considera que aquella disminución no es tan importante como la de la pobreza. La relación entre discriminación y pobreza aquí detectada nos informa ya acerca de su ligazón en las representaciones sociales como parte del fenómeno de la desigualdad y la injusticia.

²⁶ De esa obra de Dworkin, véase en especial el capítulo 11: “Affirmative Action: Does It Work?”. El libro de Bowen y Bok, *The Shape of the River. Long Term Consequences of Considering Race in College and University Admission* es el estudio empírico más completo acerca de los resultados de los programas de Acción afirmativa en el sistema universitario de los Estados Unidos.

cómo las relaciones de discriminación constituyen una forma específica de la desigualdad y, en esa condición, un conjunto de relaciones de dominio y subordinación que exige, para su reducción, de la intervención de un Estado democrático y garantista.

Debe recordarse lo que hemos enunciado desde un principio: que la diferenciación social como resultado de los procesos sociales de autoidentificación, de afirmación identitaria y de consecuente exclusión posee un componente inequitativo esencial de carácter no económico. Se trata de una forma de desigualdad, con efectos concretos dañinos sobre los derechos y calidad de vida de las personas, cuyo origen directo no es la distribución económica o la inexistencia de un sistema universalista de derechos individuales. Esta forma de desigualdad es la discriminación.

El motor social de la discriminación reside en el terreno de las llamadas representaciones colectivas del orden social y puede ser identificado mediante los conceptos de “estigma” y “prejuicio”. Para entender el fenómeno de la discriminación contra determinados colectivos sociales, son elementos esenciales a considerar los estigmas que padecen y los prejuicios sociales negativos que circulan acerca de ellos en el marco de relaciones sociales de dominio y subordinación entre grupos. Nuestra encuesta de referencia tiene la virtud de mostrar que las valoraciones, generalmente negativas, acerca de los grupos que sufren discriminación reposan en ideas preconcebidas acerca de ellos que tienen la forma de estigmas o de prejuicios.²⁷

²⁷ Por ejemplo, solamente el estigma sufrido por los homosexuales en México explica que una cifra tan alta como un 48.4% de la población no estuviera “dispuesto a permitir que en su casa vivieran personas homosexuales”, mientras que el poderoso prejuicio contra las personas que viven con VIH-SIDA explica que un 44% de la población responda en el mismo sentido negativo a la idea hipotética de la cohabitación con un enfermo de SIDA.

El estigma es la primera de estas fuerzas motrices de la discriminación. Su concepto se puede obtener a partir del ya clásico argumento de Irving Goffman:

Mientras el extraño está presente ante nosotros, puede surgir la evidencia de que posee un atributo que lo hace diferente a los demás en la categoría de personas disponible para él, y además de un tipo menos deseable —en el extremo, una persona que es completamente mala, peligrosa o débil—. De esta manera es reducido en nuestras mentes de una persona común y completa a una persona manchada, disminuida. Tal atributo es un estigma, especialmente cuando su efecto de desacreditación es muy extenso; en ocasiones se le puede denominar falla, deficiencia o desventaja. El estigma constituye una discrepancia especial entre la identidad social virtual y la real (Goffman 1963, 3).²⁸

Aunque el estigma puede identificarse con una evidencia material o una realidad empíricamente comprobable: el color de la piel, un rasgo fenotípico, el tamaño de las personas, la evidencia de una discapacidad, la demostración de una preferencia sexual, etc., su naturaleza, como argumenta Goffman en el mismo texto, no reside en esta realidad tangible, sino en el orden de relaciones que lo destaca y significa de manera especial (Goffman 1963, 3-4). El estigma no es una cosa o rasgo material —aunque se construya en relación con éstos y aunque desde el punto de vista del sujeto estigmatizador parezca meramente reflejarlos—, sino un atributo definido por una red de sentido social que jerarquiza y distingue entre personas y entre grupos.

²⁸ Sobre el concepto de estigma y su relación con la discriminación, véase también Falk (2001).

El estigma, como realidad intersubjetiva, es una sintaxis social de clasificación asimétrica de dominio y exclusión. En efecto, sólo al incluir a quien es estigmatizado en una relación de subordinación y dominio, puede entenderse que sus atributos aparezcan como elementos negativos, reprochables o incitadores de temor y persecución, cuando nada en la materialidad de éstos convoque necesariamente a tales conductas. Como podemos observar en los grupos vulnerables a la discriminación incluidos en la encuesta, justamente el atributo que los define y separa del resto de la sociedad es, precisamente, el que se considera desventajoso por haber sido estigmatizado, a saber, el sexo o género, la orientación o preferencia sexual, la opción religiosa, el origen nacional o étnico, la discapacidad, etcétera. En la posesión de estos rasgos o atributos reside “la falla”, “la deficiencia”, “la desventaja” o “la mancha” de quienes los integran.

La construcción de estereotipos de normalidad contra los cuales se recorta y define la imagen desviada o disminuida del sujeto estigmatizado se revela así como una relación de poder arbitraria, que no ha pasado por un proceso democrático de justificación (como, por ejemplo, sí ha sucedido con la asimetría de poder entre ciudadanos y gobernantes en una democracia) y que no puede hallar justificación ni en su duración histórica, ni en sus profundas raíces sociales y mucho menos en la apelación a los procesos de construcción identitaria de los grupos sociales mediante la diferenciación y el contraste, según códigos más propios de una supuesta **naturaleza humana** que de la política y de la interacción social que genera siempre relaciones humanas cambiantes y variables.²⁹

²⁹ Un ejemplo claro de la justificación de la estigmatización y discriminación de “los extraños” sobre la base de la exigencia de autoidentificación grupal puede hallarse en las ideas de Hannah Arendt. La filósofa neorrepública sostiene que la supresión de las leyes que respaldaban la discriminación hacia las personas de color en Estados Unidos no anularía el fenómeno estrictamente social de la

En nuestra encuesta de referencia podemos observar, por ejemplo, que la estigmatización de las personas con discapacidad está dada por la asunción social de una idea de vida productiva cuya pauta de normalidad exige que el trabajador posea capacidades “normales”. Por ello, aunque sólo 2.2% de la población sostiene que nunca contrataría a una persona con discapacidad, un 41.1% juzga que “las personas con discapacidad no trabajan tan bien como los demás”, como si el esquema laboral de una sociedad estuviera sujeto a un esquema único de trabajo, y que el “trabajar bien” sólo pudiera establecerse según lo que hace un grupo social tomado como modelo, frente al cual quien no dispone de las capacidades equivalentes se revela como esencialmente disminuido. Lo mismo vale para el 39.5% de la población que estaría dispuesta a organizarse para evitar que un grupo indígena se asentase cerca de su lugar de residencia. En este último caso, no estamos ante una situación de diferenciación identitaria neutral y propia de todo grupo humano, como llegó a creer Hannah Arendt, sino frente a una exclusión arbitraria de un grupo al que se considera distorsionado respecto del modelo de normalidad étnica que se considera deseable.

En realidad, el estigma sólo tiene significado porque se inscribe en un orden simbólico donde quien posee el atributo estigmatizado

discriminación porque, en su opinión, la discriminación es un fenómeno permanente en la esfera de lo social. En esta esfera las personas se integran como miembros de una comunidad más o menos homogénea de creencias y prácticas comunes, que en buena medida se basan en el hecho de definirse como *iguales* frente a otros grupos humanos a los que reconocen como *diferentes*. La igualdad entendida como no discriminación sería, en este sentido, un fenómeno estrictamente político que permite que, en el espacio público, hagamos abstracción de las diferencias particulares —el color de la piel, por ejemplo— que no son relevantes para nuestra definición como seres políticos que pueden dialogar y establecer acuerdos acerca de la mejor forma de organizar la convivencia. “Porque no es sólo que la igualdad nazca en la colectividad política, es que su validez también se circunscribe al terreno político” (Arendt 2002, 99).

ya ha sido rechazado de antemano. Ésta es la razón por la que los actos de discriminación sólo lo son si están fundados en la apelación a un estereotipo previo a la interacción del acto discriminatorio concreto. Se trata, en todo caso, de un mecanismo irracional y espontáneo, para el cual incluso las elaboraciones intelectuales o justificaciones aparecen como meras racionalizaciones. Un sujeto individual puede juzgar que el trato de desprecio que inflige a mujeres, homosexuales, indígenas, integrantes de minorías religiosas o ancianos no es inercial sino que está determinado por los actos o rasgos de cada persona con estos atributos, es decir, que está en gran medida justificado por cada relación discreta entre personas, como si el estigma no preexistiera a la discriminación; pero esta presunción es sólo una racionalización del acto discriminatorio que esconde el peso social del estigma y su capacidad de orientar las conductas individuales. Por ejemplo, la estigmatización de las conductas femeninas como actos de debilidad y de escasa racionabilidad depende de una percepción previa y socialmente extendida, atinente a un orden simbólico tradicional, de las mujeres como seres inferiores e indignos de trato equitativo, lo que implica que la subordinación histórica de las mujeres no se asienta en la biología, en la fuerza corporal o en aptitudes racionales objetivas, sino en un imaginario simbólico que ordena a los géneros conforme a rangos de valor. Dice Estela Serret (2001, 25):

Esta perspectiva sostiene, pues, que la subordinación femenina se *explica* a partir de la manera como se construye un orden simbólico tradicional y de cómo se generan en él las identidades. Asimismo, muestra por qué el quebrantamiento de ese orden a partir de los procesos de racionalización, posibilita el cuestionamiento de la subordinación social de las mujeres y al mismo tiempo, constituye a esta milenaria relación de dominación en un problema político.

Podríamos decir que la estigmatización de cada mujer concreta depende, en suma, de un juicio social negativo previamente construido que en las culturas patriarcales —las que habitamos— precede a las interacciones específicas entre hombres y mujeres. Por ello, en estas sociedades, el riesgo de discriminación pende sobre toda mujer, sea cual sea su realidad concreta.³⁰ En este sentido, el proceso de estigmatización es posible porque existe con anterioridad en la sociedad un conjunto de prejuicios que pone en desventaja, primero simbólica y luego práctica o material, a grupos sociales específicos.

Los procesos de estigmatización de grupos a los que se somete a una relación política de dominio pone de relieve la importancia de la vigencia social de los prejuicios. Ningún grupo sufre estigmatización sin la vigencia de un entramado de prejuicios negativos que precede a la clasificación desventajosa y arbitraria. Puede incluso sostenerse que el estigma es la sedimentación o agregación organizada de los prejuicios negativos circulantes a propósito de determinados grupos. Un grupo estigmatizado es receptáculo sistemático de prejuicios que anidan en relatos culturales, doctrinas religiosas, valores morales y familiares, criterios de eficiencia o de belleza, ideas de logro social e incluso normas legales y directrices institucionales. El prejuicio se define como: “... una actitud de aversión u hostilidad hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, y se presume en consecuencia que posee las cualidades objetables que se adscriben al grupo” (Allport 1954, 7).

³⁰ En el “Módulo de la mujer” (respondido sólo por mujeres) de la encuesta de referencia, un 90.9% de las mujeres refiere que “la han excluido de alguna actividad por ser mujer”, mientras que en el cuestionario global (respondido por hombres y mujeres) un altísimo 37.2% (más de la tercera parte de la población) opina que “las mujeres que deseen trabajar deben hacerlo en tareas propias de su sexo”. La amplia vigencia social de la idea de “trabajos propios de la mujer” es un fenómeno claro de estigmatización de género.

Lo característico del prejuicio negativo o, simplemente, del prejuicio —existen, desde luego, prejuicios positivos, pero aunque su formulación gramatical es correcta, su circulación semántica es más bien escasa y su significación política es nula— es la subsunción del individuo al grupo, la negación o minimización de sus atributos distintivos personales en favor de su disolución en el colectivo que le otorga características distintivas y primarias. Así que para el prejuicio cada persona con discapacidad o cada homosexual, por ejemplo, son, antes que otra cosa, personas con discapacidad u homosexuales, como si el resto de sus características individuales no cumpliera funciones denotativas o caracterizadoras. El orden lógico de esta clasificación (primero se es lo que marca el grupo de referencia y luego, si acaso, lo que la individualidad distintiva sugiere) existe porque el prejuicio hace de cada persona particular sólo un caso de una serie preestablecida. Este orden lógico en seguida se trasmuta en orden político, pues a la subordinación de cada caso individual a su grupo de adscripción corresponde la clasificación del grupo como equivalente a nuestra idea de humanidad plena o como inferior a ella.

Pinkus y Ehrlich sostienen que la comprensión del prejuicio supone la comprensión del significado de la **actitud**. Una actitud es un conjunto interrelacionado de creencias, sentimientos y motivaciones acerca de algún objeto o clase de objetos. Por ello:

... decir que una persona está prejuiciada contra algún grupo significa que esta persona sostiene una serie de creencias acerca de ese grupo, tiene una reacción emocional hacia ese grupo y está motivada a comportarse de cierta manera hacia ese grupo. Cada uno de estos componentes es aprendido. Nosotros aprendemos lo que la gente a nuestro alrededor cree acerca de un grupo. Aprendemos como responder emocionalmente a un grupo; y aprendemos como organizar nuestro comportamiento hacia ese grupo (Pinkus y Ehrlich 1994, 49).

Las actitudes, aún las más frecuentes o repetidas en la experiencia social, no pueden considerarse como expresiones de la condición o naturaleza humanas, sino como resultado de procesos de socialización en los que la educación (formal e informal) cumple un papel de elemento crucial de construcción de la subjetividad. Sin embargo, debe tenerse en mente que las actitudes no son de suyo comportamientos abiertos, sino disposiciones o condiciones que estructuran los actos y organizan el sentido de los comportamientos. El comportamiento correspondiente a las actitudes de prejuicio es la discriminación. Por ello, dicen los autores mencionados que:

La discriminación se refiere a acciones que niegan un tratamiento equitativo a personas a las que se percibe como integrantes de alguna categoría social (como la de un grupo étnico particular). El resultado es la restricción de oportunidades y recompensas disponibles para otros, mientras se mantienen aquellas oportunidades y recompensas para nuestro propio grupo social (Pinkus y Ehrlich 1994, 51).

La actitud discriminatoria, si bien instalada en las representaciones de los sujetos, permite orientar su conducta hacia comportamientos específicos de condición discriminatoria.

Aunque la relación entre actitudes prejuiciadas y comportamientos discriminatorios no es mecánica —pues las posibilidades de que el prejuicio “pase al acto” están acotadas por las circunstancias legales y los estímulos o restricciones éticas y simbólicas del grupo social— lo que resulta claro es que la superación de las prácticas discriminatorias exige de manera necesaria un cambio de esas actitudes que han sido aprendidas, o lo que tanto vale, un proceso social de reeducación y desconstrucción de los prejuicios. No es gratuito, por ejemplo, que en nuestra encuesta de referencia, el 74.4% de la población opine que, teniendo que elegir, preferiría que sus hijos

fueran educados en el valor de “la defensa de sus derechos que en el del respeto a la autoridad”, pues perciben, así sea intuitivamente, que la no discriminación supone una formación cultural vinculada al acceso a los derechos fundamentales que pasa necesariamente por un proceso educativo.

Estigmas y prejuicios están a la base de las conductas de desprecio sistemático sufridas por los distintos grupos excluidos o discriminados. Esto da cuenta de la condición fundamentalmente cultural de este tipo de desigualdad, siempre que se entienda que una estructura cultural no se reduce a las representaciones conscientes o argumentables de y por los propios sujetos, sino al conjunto de valores, representaciones y, desde luego, prejuicios y estereotipos acerca del mundo social que ellos habitan, y que muchas veces son inconscientes o están desfigurados por los procesos de racionalización.

DESARROLLO DE LA DEFINICIÓN TÉCNICA DE DISCRIMINACIÓN

Esta última caracterización nos permite completar los conceptos necesarios para poder formular una versión política de nuestra definición técnica de discriminación. Ésta tiene la ventaja de integrar los significados cruciales de las definiciones de carácter jurídico con la percepción del peso político del prejuicio y del estigma en la conformación de la actitud discriminatoria.

Con estos antecedentes, y sobre la base de las definiciones circulantes en el espacio jurídico que he tomado como ejemplo aunque abarcando la dimensión de las actitudes forjadas en la cultura contextual de los sujetos, explícito mi propio concepto de discriminación: **la discriminación es una conducta, culturalmente fundada y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de prejuicios o estigmas relacionados con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto**

(intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales, así como su acceso a las oportunidades socialmente relevantes de su ambiente social.³¹

Este concepto de discriminación —que considera no sólo las consecuencias de la discriminación respecto de derechos subjetivos fundamentales sino también las razones estructurales de orden simbólico que hacen posibles los comportamientos discriminatorios— tiene la ventaja de permitirnos comprender la existencia de dos formas de fenomenología de la discriminación cuya distinción tiene una enorme relevancia respecto de la posible acción igualitaria del Estado democrático. La primera forma ha sido definida como “discriminación directa” y es relativa a los actos específicos de discriminación. En éstos, la acción de un sujeto discriminador (A) causa efectos en un sujeto discriminado (B) mediante la restricción o daño de los derechos y oportunidades (C) de éste; de tal modo que es posible establecer o reconstruir una relación causal directa entre la acción individual de A y los efectos (C) registrables en B. Estos actos discriminatorios son individuales aunque, como sabemos, sólo se hacen posibles si presuponen actitudes moldeadas o determinadas cultural y simbólicamente por el entramado de prejuicios que da a la discriminación una dimensión social. La responsabilidad que deriva de estos actos también es individual, pues la conexión causal entre A y C cumplen a satisfacción el criterio del daño que ha sido tradicional de las modalidades de justicia retributiva.

La segunda forma de discriminación se denomina “indirecta” y es relativa a la conformación histórica de las normas, rutinas e instituciones sociales que, sin estar dirigidas contra una persona en específico (no son, en ningún caso, actos) conllevan el efecto

³¹ Esta definición, aunque agrega pequeñas variantes, repite el concepto de discriminación que ofrecí en *Un marco teórico para la discriminación* (Rodríguez Zepeda 2006, 26).

estructural de mantener y profundizar la desventaja del grupo, pues “naturalizan” la estigmatización y contribuyen a reproducir el orden discriminatorio de la sociedad como un todo. En esta segunda categoría caen los efectos de mediano y largo plazos de la discriminación y, por ello, dan a la discriminación una dimensión estructural que no puede reducirse mediante la sanción o el castigo meramente retributivos, como sí puede suceder en el caso de la discriminación directa. En la discriminación indirecta las responsabilidades son difusas, pues no hay manera de asignarlas de forma causal a un sujeto que las perpetra, aunque los daños a los derechos sean incluso más graves —precisamente por su alcance social— que los de los actos directos.

Esta distinción nos permite darle visibilidad a un conjunto esquivo de fenómenos discriminatorios que parecen no estar dirigidos contra nadie, pero que afectan a tal grado a los grupos discriminados al mantener el cerco a sus derechos o al cercenar sistemáticamente sus oportunidades, que exigen una intervención correctiva por parte del Estado democrático. Son formas de discriminación indirecta, por ejemplo, las normas que se fundan en prejuicios contra las mujeres (como puede ser la legislación sobre reproducción humana que exige la autorización de los esposos para realizar procedimientos), las convocatorias laborales que exigen requisitos atinentes a un modelo fenotípico determinado sin que ello sea necesario para las funciones laborales a desempeñar, los diseños arquitectónicos públicos y privados o los trazos urbanos que no contemplan accesibilidad para personas con discapacidad motriz, los reglamentos que invisibilizan a personas con necesidades especiales (por ejemplo, reglamento de guarderías o de otros servicios públicos), los privilegios que la autoridad política concede a un grupo religioso particular por razones históricas o por hábito cultural, la omisión de asignación de presupuesto, incluso cuando la norma legal exige que se haga, para políticas públicas antidiscriminatorias, etcétera.

La discriminación indirecta, de esta manera, se refiere a las exclusiones no explícitas de los integrantes de determinados grupos, ya sea mediante la imposición de requisitos “generales” que sólo unos cuantos pueden cumplir o sea mediante la omisión de protecciones o consideraciones especiales por parte de las instituciones hacia quienes las necesitan para poder integrarse al juego social regular. También se ha denominado “discriminación estructural” a este mecanismo de exclusión (Pinkus, 1994), aunque en mi opinión el adjetivo estructural en esta discusión parece ser más adecuado para referirse no a las formas de discriminación indirecta, sino a las relaciones estructurales de un orden social que ponen fuera de los derechos y oportunidades educativas, sanitarias y laborales a colectivos completos.

La discriminación indirecta se ejerce sin necesidad de suponer conciencia o voluntad concreta de discriminar (aunque ésta pudiera también acompañarla) en quienes hacen valer estas rutinas, prácticas o instituciones. Si en ocasiones es difícil establecer la responsabilidad causal en los casos de discriminación directa, este otro tipo de discriminación plantea un dilema de asignación de responsabilidad. Aunque existen casos de discriminación indirecta que se pueden finalmente atribuir a responsables colectivos pero específicos (personas morales empresariales, corporaciones, asociaciones, iglesias), otras muchas tienen que ver con la inercia cultural, las omisiones educativas, la inacción en los criterios de política pública o la elusión gubernamental de las responsabilidades asignadas por la propia legislación. Existe aquí una responsabilidad del Estado entendido como articulación política de la vida común, y aunque no se trata de una responsabilidad que responda al esquema de la justicia retributiva (a un delito o falta corresponde una pena), sí exige resarcimiento y acción pública para desmontar la discriminación vigente.

Podemos agregar que la categoría de discriminación indirecta nos permite también construir un argumento para amparar una

defensa de la no discriminación en su compleja relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión.³² Consideremos esta extensión del argumento a través de una nueva cuestión. Supongamos que a una persona no le resulta agradable otra y hace, como dice Gross, una “distinción adversa hacia ella”, pero la distinción se queda en los enunciados verbales y no hace nada para lastimarla o dañarla de manera tangible y material. ¿Puede decirse que se ha establecido un acto discriminatorio o habría que aceptar que se está ejerciendo la libertad de opinión y pensamiento, aún cuando este ejercicio sea de mal gusto y hasta grosero?³³

La discusión acerca de qué derecho debería prevalecer es tan aguda que sobre sus vías divergentes se han desarrollado modelos encontrados de interpretación constitucional sobre lo que significa un daño por discriminación. En efecto, partiendo siempre del supuesto de que la discriminación daña bienes subjetivos fundamentales como los derechos o las oportunidades, el problema proviene de la divergencia acerca de cómo se entienden tales daños o se determina que éstos han acontecido. Mientras que la jurisprudencia constitucional en Estados Unidos privilegia la libertad de expresión (amarizada por la Primera Enmienda de su Constitución), dándole prácticamente una dimensión ilimitada, la tradición constitucional de los países europeos ha optado por establecer regulaciones relativamente fuertes a la expresión de determinadas ideas. Por ejemplo,

³² La discusión acerca de la relación entre los derechos fundamentales de expresión y de no discriminación es de una enorme importancia. En México se ha publicado al respecto un texto pionero de Pedro Salazar y Rodrigo Gutiérrez (2008) que profundiza sobre los equilibrios y disonancias entre ambos derechos.

³³ Tengo para mí que respecto de esta discusión nunca debería perderse de vista el carácter crítico y hasta provocador del ejercicio genuino de la libertad de expresión, expresado con claridad por Salman Rushdie (1992, 396): “Qué es la libertad de expresión? Sin la libertad de ofender, ésta deja de existir. Sin la libertad de desafiar e incluso de satirizar todas las ortodoxias, incluyendo las ortodoxias religiosas, esta libertad deja de existir”.

mientras en los Estados Unidos grupos de supremacistas blancos pueden difundir abiertamente sus agendas racistas, en países europeos son delitos la negación, incluso académica, del genocidio judío perpetrado por los nazis o la apología del terrorismo.

En realidad, no existe, en las sociedades democrático-constitucionales un modelo único de libertad de expresión. En un caso, se le tiende a ver de manera absoluta e incondicionada; en el otro, regulada y en equilibrio con otros valores públicos. Acaso lo que podamos aprovechar de nuestro concepto técnico de discriminación para apuntar una idea en esta discusión de largo aliento es que las expresiones discriminatorias (racistas, patriarcales o de odio grupal), en tanto que actos de habla que transmiten sentido y valores sociales, contribuyen a reforzar la estigmatización y, por ende, la situación de asimetría social, de los grupos sociales ya discriminados. Dicho de otro modo: son materialmente productivas de actitudes.

En todo caso, no debería perderse de vista la relación específica entre poder y libertad de expresión. En general, la libertad de expresión ha sido una prerrogativa de los particulares, pero lo cierto es que, contra el prejuicio liberal, no todos los particulares somos iguales en poder, pues algunos poseen un peso económico y social superlativo, que da a su libertad de expresión (por ejemplo bajo modelos oligopólicos de distribución de los medios de comunicación masiva) una capacidad de dominio discriminatorio sin parangón. Históricamente la libertad de expresión, un derecho fundamental, ha servido como un antídoto y límite de los ciudadanos frente al poder político ¿cómo enfrentamos, entonces, un supuesto ejercicio de ella que, aun si es practicado por particulares, predispone socialmente contra los débiles y refuerza a los poderosos? La noción de discriminación indirecta podría ayudar en la mejor comprensión de este dilema.