

IV. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

UNA DEFINICIÓN COMPLEJA DE NO DISCRIMINACIÓN

Para glosar nuestra formulación política de la definición técnica de discriminación puede decirse que la discriminación se expresa como un tratamiento adverso o negativo que, ejercido sobre la base de prejuicios y estigmas dirigidos contra grupos determinados, limita o niega los derechos fundamentales y las oportunidades relevantes de las personas que los componen. Esta práctica, como se ha visto, pone a las personas que la sufren en una situación de desventaja estructural incompatible con el valor democrático de la igualdad, no sólo en el sentido de la igualdad de trato sino en el terreno más específico del ejercicio efectivo de los derechos y libertades de ciudadanía. El carácter profundamente nocivo de la discriminación para las personas que la sufren de manera directa y, como efecto de conjunto, para las instituciones democráticas, hace imperativa la presencia de un derecho fundamental a la no discriminación. La justificación intelectual de éste es, desde luego, una tarea de profundo aliento democrático.

La construcción democrática de una política y un derecho antidiscriminatorios se beneficia notablemente de la clarificación conceptual que puede darles la teoría. Decía Thomas Hobbes ([1651] 1985, 106) que “en la definición correcta de los nombres radica el primer uso del discurso, que es la adquisición de la ciencia; y en las definiciones incorrectas, o inexistentes, radica el primer abuso, del cual proceden todos los principios falsos y sin sentido”. Aunque no es ciencia, sino filosofía política lo que pretendemos cultivar con nuestra teoría de la discriminación, queda claro que una buena justificación teórica (esa “definición correcta” que está a nuestro alcance) del derecho a no ser discriminado puede orientar adecuadamente los argumentos jurídicos y políticos de quienes han de tomar, en

nuestro nombre, las decisiones que conciernen a esta parcela de la agenda democrática.

La exigencia normativa de no discriminar genera uno de los dilemas más destacados en el debate contemporáneo de la igualdad. Bajo el modelo de los usos modernos de la noción de igualdad —igualdad ante la ley, igualdad de derechos, igualdad de oportunidades, igualdad socioeconómica— el reclamo de no discriminación parecería resolverse con facilidad si lo referimos únicamente al derecho a un trato equitativo para toda persona, es decir, a la eliminación de los tratamientos diferenciados adversos o las selecciones arbitrarias que ponen en desventaja comparativa a quienes pertenecen a los grupos estigmatizados. El precepto de no discriminar parecería llamado a la realización sólo con lograr que factores como el sexo o género, la pertenencia étnica, la discapacidad, la preferencia sexual, la religión, la edad o alguno otro similar dejen de contar a la hora de acceder a derechos fundamentales o al aprovechamiento de oportunidades relevantes socialmente disponibles como la educación o el empleo. Es decir, en la lógica de la inclusión de quienes antes estaban segregados, se construiría un esquema de no discriminación si se lograse la eliminación de los factores arbitrarios basados en el estigma y el prejuicio sociales y que no podrían ser relevantes desde un punto de vista moral. En hipótesis, esto nos llevaría a garantizar un “trato igualitario”, es decir, sin excepciones, a quienes están señalados o marcados por uno o varios de los atributos señalados.

Sin embargo, este reclamo de no discriminación se torna altamente problemático cuando lo asociamos con la demanda de medidas de compensación dirigidas a grupos específicos, como las que se han defendido en el paradigma de la “acción afirmativa” o los derechos especiales de grupo de corte multicultural, es decir, cuando intentamos vincular la idea de compensación grupal por desventajas inmerecidas de duración histórica o el tratamiento preferencial con el concepto mismo de no discriminación.

Debido precisamente a la larga y dañina historia de la discriminación, la idea del tratamiento diferenciado, así sea para compensar injusticias pasadas e incluso arraigadas en el presente, resulta intuitivamente **antiigualitaria**. Con frecuencia, la inercia política e intelectual que asocia la igualdad sólo con el tratamiento homogéneo y guiado por normas generales conduce a contemplar la demanda de tratamiento diferenciado no como parte del elenco de las políticas de la igualdad, sino como una nueva forma de desigualdad.³⁴ Dicho de otra manera, la no discriminación se instala con comodidad en el paradigma liberal dominante de la igualdad siempre que se le vea sólo como exigencia de que los estigmas y prejuicios sociales no afecten el acceso a las oportunidades y derechos para toda persona, pero su posición se hace incómoda e incluso conflictiva en este paradigma apenas adherimos a ella la exigencia de tratamiento preferencial.³⁵

El tema del acomodo de la no discriminación como parte de un discurso igualitario gira en derredor de la posibilidad de que el concepto normativo de no discriminación desempeñe un papel relevante para el tratamiento preferencial positivo o “acción afirmativa”, a pesar de que los discursos académicos e institucionales dominantes se hayan inclinado a formularlos como dos cuestiones

³⁴ Dos autores, por cierto de vocación democrática y contraria a la discriminación, han sustanciado extensos alegatos críticos contra los tratamientos diferenciados. En la crítica a la acción afirmativa, destaca el argumento de Nathan Glazer (1978) y en la crítica a los derechos especiales de grupo de corte multicultural, el de Brian Barry (2001).

³⁵ Hablo del paradigma liberal sólo en el contexto del debate contemporáneo de la filosofía política, en el que la doctrina rawlsiana cumple un papel fundacional. Siguiendo a Stephen Mulhall y Jonathan Swift (1997, XVI), entendemos por doctrina liberal “... la teoría de Rawls [que] posee los dos componentes que de manera estandarizada van contenidos en el paquete liberal: el compromiso con la libertad del individuo incorporado en el apoyo liberal regular a las libertades civiles, y la creencia en una igualdad de oportunidades y una distribución de recursos más equitativa que la que resultaría del mercado dejado en solitario...”

separadas. La pertinencia normativa de esta pretensión reside en la posibilidad de hacer de la no discriminación un principio eficiente para la igualdad real de oportunidades o de condición y no, como sucede hasta ahora, de mantenerlo en el estatus, indispensable pero insuficiente, de una barrera contra el daño social que causan los estigmas y los prejuicios.

Esta discusión nos remite a un agudo contraste de elecciones valorativas y políticas, aun entre partidarios de la igualdad democrática. Los defensores del tratamiento diferenciado juzgan como obligada la aplicación de políticas grupalmente focalizadas, públicas y privadas, de compensación por los daños de la discriminación del pasado como precondición de una igualdad de oportunidades efectiva y realista en el presente, mientras que sus detractores juzgan que es suficiente con la exigencia de un trato sin exclusiones en el presente para que no sólo se establezca un terreno de competencia equitativa, sino para que se resarzan de manera paulatina los daños del pasado sin correr el riesgo de suspender, a veces sin retorno, la vigencia del trato igualitario.³⁶

Una de las reservas de mayor fuerza ante la posible asociación del tratamiento preferencial con el concepto de no discriminación proviene del hecho de que el propio derecho fundamental a no ser discriminado adquirió sus enunciados formales no tanto en el lenguaje de la sociología y la teoría política, sino en el del derecho. En efecto, aunque “discriminación” es un vocablo de uso político regular, sus definiciones legales —en primer lugar las de carácter técnico que revisamos en el capítulo anterior— no incluyen referencia alguna a los daños históricos, las condiciones estructurales de desventaja decantadas en el presente, las rutinas sociales de exclusión que han moldeado la conformación actual de los grupos o la influencia de los

³⁶ La discusión al respecto es abundante. Véase, por ejemplo, O’Neil (1975), Fullinwider (1980), Curry (1996), Edley (1996) y Cohen y Sterba (2003).

prejuicios y estigmas en la autopercepción o el sentido del autorrespeto de quienes componen tales grupos. Estas definiciones legales ataúnen a la prohibición de la discriminación entendida ésta como una serie de conductas **actuales e identificables en relación con derechos subjetivos**. Esto impide que del concepto de no discriminación se desprenda directamente la obligación normativa de **compensación o reparación** del daño para los grupos que la han sufrido.

Las definiciones presentes en los instrumentos internacionales relativos a la problemática discriminatoria entienden a ésta siempre como una acción presente, como negación de un derecho actual estatuido. Tal es el caso del artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial o de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que se revisaron antes como plasmaciones de la forma técnica de discriminación. En estas definiciones, la discriminación, si bien caracterizada como una violación seria a los derechos fundamentales, no contiene la referencia a su duración histórica o a su concatenación causal con hechos del pasado. Esta cuestión podría parecer menor, pues la mayor virtud de estas formulaciones, como ya se ha señalado, consiste no sólo en que asumen íntegramente el lenguaje de los derechos fundamentales, sino en que estipulan la prohibición de distinciones injustas o arbitrarias respecto de los grupos protegidos. Empero, el problema muestra mayores dimensiones cuando se piensa a la discriminación desde el punto de vista de sus efectos sociales, pues entonces se detecta el riesgo de que atajar esos efectos sólo en el presente —prohibir de ahora en adelante que se discrimine— tienda a fijar o perpetuar las asimetrías de trato del pasado bajo la forma de una indefensión social y una inferioridad competitiva de los grupos históricamente discriminados.

La interpretación política y jurídicamente dominante de la igualdad en la Modernidad es la que la relaciona con una distribución

homogénea de las protecciones, las atribuciones y las titularidades de soberanía política y bienestar social. Es una idea de igualdad forjada contra diversas formas de particularismo político y rutinas de exclusión civil y social, y normativamente orientada por el sentido incluyente del proceso histórico tanto de la soberanía popular como de los derechos fundamentales de la persona. Aunque los debates políticos y académicos acerca del valor de la igualdad son muy enfrentados, existe una suerte de consenso acerca de este valor en las actuales sociedades democráticas. De hecho, la presencia del principio de la igualdad en las sociedades democráticas contemporáneas es tan clara y está tan asentada al menos en una de sus versiones canónicas, que es muy poderosa y no carente de buenas razones la tendencia a considerarlo como establecido “de una vez por todas” en los sistemas constitucionales de las democracias contemporáneas.

En efecto, las plasmaciones jurídicas e institucionales del valor de la igualdad en las democracias de cuño liberal le han dado la consistencia histórica suficiente como para hacer posible su establecimiento como un elemento “permanente” en los discursos de jurídicos de corte constitucionalista y en buena parte de la filosofía política contemporánea. Esta idea de igualdad, contextualizada en la estructura de las llamadas democracias constitucionales puede ser entendida como el **igual derecho de toda persona a gozar de las libertades fundamentales de una ciudadanía democrática y de las protecciones del Estado de derecho**.³⁷

³⁷ Esta idea moderna de igualdad no tiene por qué reducirse a la limitada aunque esencial e imprescindible definición liberal de “igualdad ante la ley”, sino que puede incluso enunciarse bajo la figura de la “ciudadanía democrática” que, tal como la formuló en 1950 Alfred Marshall (1992), supone igualdad en derechos civiles, políticos y sociales.

Esta idea de igualdad proviene directamente de los discursos fundadores de la tradición liberal, en la cual este principio equivale a un tratamiento equitativo y sin excepciones. Es la idea de igualdad que puede hallarse en los argumentos clásicos de John Locke y de Immanuel Kant o, ya en la época contemporánea, en la formulación de John Rawls del primer principio de la justicia como imparcialidad, que es definitorio de la estructura básica de la sociedad.³⁸ Se trata de una idea que ha moldeado buena parte de la legalidad e institucionalidad de las democracias contemporáneas.

En este contexto, una poderosa definición del derecho a la no discriminación se troqueló en consonancia con esta idea moderna de la igualdad como reparto homogéneo de protecciones y atribuciones y como superación de la excepción y la arbitrariedad. De este modo, la formulación más acreditada del derecho a la no discriminación (por ejemplo, en la política y la academia de los Estados Unidos de América), erigida en relación inversamente directa con la definición de discriminación técnica que hemos reconstruido en el capítulo anterior, nos llevaría a considerarlo como una “protección” contra toda limitación al acceso a derechos fundamentales y oportunidades sociales, y no contendría prescripción alguna para la remoción de los obstáculos sociales acumulados en el pasado que ponen a determinados grupos en situación de debilidad social.

Esta definición de la no discriminación, a la que califlico de llana porque no propone ni implica referencia alguna a la dimensión histórica, puede formularse de la siguiente manera: **el derecho a la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada**

³⁸ Este principio se enuncia de la siguiente manera: “Toda persona tiene un *derecho equitativo* a la más amplia libertad básica compatible con una libertad similar para los demás” (Rawls 1973, 60). El énfasis es mío.

de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, con el fin de que sea capaz de aprovechar plenamente el resto de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles.

Como es notorio, esta concepción de la no discriminación está estrechamente anudada a una poderosa tradición igualitaria en el mundo moderno. Sus implicaciones de inclusión democrática son muchas, aunque nada en ella sugiere que sea necesario algún tipo de intervención positiva o afirmativa de la autoridad democrática para nivelar el terreno que hace aprovechable el acceso formal a los derechos y oportunidades.

Ahora bien, si en tal definición apareciera la referencia a la desventaja inmerecida que supone la duración histórica de la discriminación y la práctica imposibilidad de entender la naturaleza de este fenómeno sin situarlo en el horizonte de 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, la definición llana de la no discriminación deja abierto un amplio debate acerca de lo que significa “proteger” a las personas para que su acceso a los derechos fundamentales sea posible. Una inclinación mayoritaria se ha articulado 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. Bajo la forma llana, el derecho a la no discriminación puede entenderse como un derecho igualitario en el sentido de la prohibición de exclusiones arbitrarias, pero a la vez limitadamente igualitario en el sentido de carecer de estipulaciones acerca de cómo acercar las posiciones

de los grupos sociales que la discriminación histórica separó e incluso polarizó.³⁹

En este contexto, la posibilidad de vincular conceptualmente el derecho a no ser discriminado con el tratamiento preferencial pasa por la formulación de una nueva definición de este derecho que sea sensible a la dimensión histórica del fenómeno discriminatorio. Esto exige una definición de tal derecho que contenga la posibilidad de abandonar, bajo una justificación y una temporalidad estrictas, las reglas del tratamiento homogéneo hacia los ciudadanos con el propósito de hacer, paradójicamente, una promesa de igualdad para todos a concretarse en un plazo mediano o largo.

Así, se puede adjetivar como **compleja** a la definición capaz de contemplar en su concepto medidas compensatorias, tratamiento preferencial o acciones afirmativas a efecto de hacer realidad el propio proyecto antidiscriminatorio. Según la definición compleja que se propone, el derecho a no ser discriminado es **el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, con el fin de que sea capaz**

³⁹ En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, la norma de no discriminación se formula como la primera de las garantías individuales, pero siempre en el sentido de nuevo derecho de protección que aquí he señalado: “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”. En la paradigmática legislación estadounidense, 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 Ejecutivas 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 la acción afirmativa como medida antidiscriminatoria está en profunda crisis. Esto muestra, por si no fuera obvio, que en ambas normas el concepto jurídico de no discriminación no anida el de compensación por el daño histórico.

de aprovechar plenamente el resto 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 compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad causados a su grupo por prácticas discriminatorias previas.

La definición compleja abre un espacio normativo para reflexionar sobre el tratamiento preferencial con fines igualitarios como parte de una política de la igualdad y no como una forma nueva y elíptica de **discriminación inversa**.⁴⁰ En particular, abre la posibilidad de reflexionar de manera fundada acerca del concepto de acción afirmativa, tarea que se hará adelante en este mismo capítulo. En todo caso, lo que debe acentuarse desde ahora es que el principio de tratamiento preferencial sugerido en la definición compleja aparece de forma relativa o condicionada a la primera parte de la definición que lo contiene (que no es otra cosa que la definición llana). De este modo, la definición compleja del derecho a la no

⁴⁰ 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 (Nagel 1977); se le ha denominado “discriminación inversa” (“*Inverse Discrimination*” o “*Reverse Discrimination*”) por parte de quienes han insistido en su inaceptable carácter discriminatorio (Greenawalt 1983); e incluso se ha llegado a nombrar como “Discriminación afirmativa” (*Affirmative Discrimination*) por un autor tan renombrado como Nathan Glazer (1978) para evidenciar la contradicción de una medida supuestamente orientada contra la discriminación que es, según él, una nueva forma de discriminación. Algunas variaciones como “discriminación compensatoria” (*Compensatory Discrimination*) (Cohen, Nagel & Scanlon 1977) pueden también ser registradas.

discriminación sería la unión del contenido de la definición llana con la autorización normativa del tratamiento preferencial temporal hacia ciertos grupos cuando éste estuviera justificado.

LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

John Rawls llegó a afirmar que “... los serios problemas que surgen de la discriminación existente y las distinciones basadas en el género y la raza no están en la agenda [de una teoría ideal de la justicia]” (Rawls 2001, 66). En algún sentido tenía razón, pues una teoría ideal de la justicia perfila un modelo de sociedad justa de cuyas instituciones fundamentales puede esperarse un trato regular no discriminatorio, por lo que los problemas de la discriminación deben formularse en el marco de una teoría no ideal de la justicia, atendiendo más a la evidencia del mundo como es y menos a cómo debería ser.

Tal vez ésta es una buena manera de formular la idea de que la mejor defensa normativa del tratamiento diferenciado consiste en entenderlo como una estrategia deseable que nos permite acercarnos a un ideal de igualdad, lo que asegura tanto su función instrumental (es una categoría política al servicio del valor de la igualdad pero inconfundible con éste) como su temporalidad determinada por sus propios logros (el tratamiento preferencial ha de dejar de existir precisamente por su capacidad de eliminar las condiciones que lo hicieron aconsejable). Por ello, al encarar el debate del tratamiento preferencial en general, y de la acción afirmativa en particular, parece razonable descargarlo del tono de una discusión acerca de principios últimos de igual valor y alcance (tratamiento preferencial *versus* tratamiento homogéneo) como solemos hacer cuando enfrentamos, por ejemplo, la igualdad con la libertad, y verlo más como un tema de justicia no ideal cuyo espacio natural es el de las políticas públicas y su idoneidad para alcanzar las metas de una teoría ideal de la justicia.

En todo caso, el problema a resolver respecto de esta disputa de conceptos de no discriminación es el de la capacidad emancipadora y la deseabilidad práctica de las estrategias políticas e institucionales articuladas en, y articuladoras de uno u otro concepto de no discriminación. Si se trata de fundar estas estrategias sólo en la definición llana de no discriminación, el riesgo que se corre es el de dejar intactos los mecanismos estructurales de exclusión de los grupos discriminados y, de manera derivada, establecer una limitación en la legitimidad del Estado democrático para intervenir a favor de grupos secularmente excluidos y para imponer medidas de compensación orientadas a revertir la discriminación históricamente desplegada. Si se admite, por el contrario, que la no discriminación contiene de suyo estas obligaciones compensatorias del Estado, entonces tendremos que asociar el valor de la igualdad con un tratamiento preferencial como estrategia para avanzar los fines mismos de la igualdad de trato, aunque con el riesgo de estatuir nuevas desigualdades que se sedimenten y tiendan a la permanencia.

No deja de llamar la atención que las críticas más fuertes —o al menos las más argumentadas— al tratamiento preferencial se hagan siempre por referencia al principio democrático de igualdad. Esto podría generar la impresión de que en la experiencia de los Estados democráticos la idea de compensar a un grupo que ha sufrido asimetría social y dominio injusto apareció sólo con el debate del derecho a la no discriminación. Pero esto sería históricamente inexacto. De hecho, la historia de todos y cada uno de los Estados democráticos en el siglo XX registra la existencia de instituciones y políticas públicas de amplio alcance cuyo fin es dar lugar a compensaciones por injusticias históricamente asentadas. La experiencia del denominado Estado de bienestar o, para enunciarlo en términos jurídico-políticos, del Estado social y democrático de derecho, con su cauda de derechos sociales como la educación y salud públicas, los sistemas de pensiones, los derechos laborales e incluso los proyectos

actuales de renta básica universal, dan cuenta de una larga práctica política, y una correspondiente familiaridad y legitimidad sociales, respecto de la idea de que las injusticias del pasado ameritan una compensación ejecutada o dirigida por el Estado.

Existe también, desde luego, una larga crítica neoliberal o liberista a las atribuciones compensatorias del Estado en materia de justicia distributiva, sin embargo aún los programas políticos más orientados a la desregulación y la crítica de las dimensiones y atribuciones del poder público, aceptan algún tipo de mecanismo de compensación en el terreno de la justicia distributiva. La idea teorizada por Locke y Kant de que la intervención del poder público para alterar la distribución de propiedad, rangos o riqueza es siempre ilegítima y contraria a una sociedad libre, quedó agotada y superada en la política del siglo XIX.

Por ello, si la idea de compensación de las posiciones sociales menos aventajadas en el reparto de bienes sociales, para usar el lenguaje de John Rawls, ha acompañado al desarrollo de la democracia contemporánea, habría que preguntarnos por qué son tantas y tan agudas las críticas que se dirigen contra el argumento del tratamiento preferencial en el contexto del derecho a la no discriminación.

En un marco democrático efectivo encontramos que, en efecto, no existe un problema mayor de justificación de derechos relativos al valor de la igualdad que impliquen medidas redistributivas económicas del Estado o estrategias de política social en los campos educativo, laboral, sanitario, etcétera, porque éstas han sido lo característico del Estado social y democrático de bienestar. El problema de justificación se refiere, más bien, a los derechos, atribuciones o titularidades compensatorios, disfrutables por unos grupos y no por otros, y que atienden a resarcimientos no necesariamente económicos ni incluidos en las políticas tradicionales de corte social como la educación y salud públicas o los sistemas de pensiones.

Dicho de otra manera, la compensación se convierte en objeto de agudos ataques cuando se formula a favor de grupos específicos que han sufrido discriminación —mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad—, pero se acepta con mayor facilidad cuando se postula como vía de resarcimiento para categorías sociales más amplias: desempleados, pobres, personas sin educación, ciudadanos sin acceso a servicios sanitarios, trabajadores desprotegidos, personas dañadas por catástrofes.

Acaso la mejor manera de formular el debate acerca de la deseabilidad del tratamiento preferencial en el horizonte de una concepción de la justicia en la que el principio de no discriminación se contemple bajo su definición compleja sea recurrir a una pregunta de Steven Lukes. En su texto *Five Fables About Human Rights* (Cinco fábulas sobre los derechos humanos), señala que la inclusión del principio de igualdad de oportunidades para todas las personas en el catálogo simple y abstracto de los derechos humanos no es particularmente problemático, es decir, que se trata de un principio difícil de rechazar por cualquier perspectiva vinculada a la herencia moderna del valor de la igualdad. Sin embargo, la división de posiciones se genera cuando se plantea el tema de cómo hacer efectivo este principio. Inquiere Lukes: “¿Qué debe ser igual para que las oportunidades sean iguales? ¿Es una cuestión de no discriminación respecto de un contexto existente de desigualdades económicas, sociales y culturales o es ese contexto mismo el terreno en el cual las oportunidades pueden ser hechas más iguales?” (Lukes 1993, 39).

La formulación general y abstracta de la igualdad de oportunidades nos exige decidir ante la alternativa de aplicarlo de manera formal y externa a un sistema dado de roles asignados a los grupos y de dotaciones distribuidas de antemano a las personas (riqueza, educación, salud), o bien formularlo como el resultado futuro (como proyecto normativo) de una política que trata de **redefinir** el esquema de distribuciones que caracteriza a ese sistema en su

momento actual. Esta disyuntiva es crucial, pues en un caso se trata de favorecer una visión de tal principio que deja intacta la estructura del sistema de oportunidades —fundamentalmente educativas y laborales— y abre las puertas de las oportunidades bajo el criterio de una igualdad formal de toda persona, mientras que la segunda postula la igualdad de oportunidades como una suerte de idea regulativa que habría de resultar de una transformación de ese sistema de oportunidades, lo que supone —o al menos justifica— la aplicación de medidas de tratamiento preferencial a favor de determinados grupos que en el pasado han padecido exclusión y discriminación.

Si se admite que la segunda lectura de la igualdad de oportunidades no sólo es posible sino también políticamente deseable, la pertenencia de la no discriminación al discurso de la igualdad democrática no tendría que reducirse al terreno de la prohibición de exclusiones y desprecio en razón de desventajas grupales inmerecidas en razón de estigmas y prejuicios (la forma proveniente de la definición llana), sino que legitimaría la prescripción de medidas compensatorias que se concretan en tratamientos grupales diferenciados. Esa sería una manera aceptable de ligar el valor de la igualdad con el valor de la diferencia, sin necesidad de recurrir a argumentos voluntaristas o militantes, interpelantes en el debate político regular, pero ayunos de capacidad discursiva para mostrar la legitimidad de tal vinculación.

En todo caso, no es extraño que esté muy extendida la idea de que la no discriminación debe contemplarse como **conceptualmente distinta** a la idea de compensación social para grupos desventajados, incluso entre aquellos que reconocen que políticamente sólo el recurso a la segunda puede impedir la reproducción de la primera. El lenguaje político y jurídico estadounidense, por ejemplo, distingue de manera sistemática entre el carácter constitucional del derecho a la no discriminación (la exigencia de igualdad de todos ante la ley de la XIV Enmienda de la Constitución o las Actas o leyes

federales que tienen un estatuto *cuasi constitucional*) y el carácter de medidas de política pública para los tratamientos diferenciados (que se han implementado mediante “órdenes ejecutivas” o decretos presidenciales) de tal modo que las segundas han podido ser impugnadas y derrotadas en su constitucionalidad en varias ocasiones.

Para John E. Roemer, por ejemplo, la no discriminación y el tratamiento diferenciado corresponden en realidad a conceptos diferentes de la igualdad de oportunidades. Dice Roemer:

El principio de no discriminación establece que, en la competición por posiciones en la sociedad, todos los individuos que poseen los atributos relevantes para el desempeño de los deberes de la posición en cuestión sean incluidos en el grupo de candidatos elegibles, y que la posible ocupación del puesto por un candidato sea juzgada sólo en relación con esos atributos relevantes. (...) Un ejemplo de este (...) principio es que la raza o el sexo como tales no deberían contar a favor o en contra de la elegibilidad de una persona para una posición, cuando la raza o el sexo es un atributo irrelevante en cuanto a los deberes de la posición en cuestión (Roemer 1998, 1).

Según el propio Roemer, una concepción alternativa, y por lo demás superior, de igualdad de oportunidades tiene que ver con la exigencia de que la sociedad haga lo posible para “nivelar el terreno de juego” (*level the playing field*), lo que conlleva medidas compensatorias para grupos desventajados en terrenos como el educativo y el laboral (Roemer 1998, 2-3 y 108-13). Las normas y acciones públicas derivadas de este segundo modelo van más allá del principio llano de no discriminación, pues se orientan a nivelar los puntos sociales de partida de los individuos de la competencia laboral o educativa, cosa que la simple prohibición de discriminar por estigmas y prejuicios ostensiblemente no hace. Resulta claro

en el argumento de Roemer que el concepto de no discriminación aparece como **conceptualmente** ajeno al de medidas compensatorias o tratamiento diferenciado, aunque no se descalifica normativamente a este segundo sino que se le hace constitutivo de una versión superior de la igualdad de oportunidades.

En el argumento de Roemer resuena, desde luego, la distinción paradigmática hecha por Rawls entre el “sistema de libertad natural” y la “igualdad liberal”. En obvia alusión al concepto que Adam Smith acuñó, en *La riqueza de las naciones* (Smith, [1776] 1998), para dar cuenta del orden espontáneo de justicia que supuestamente se crea por las relaciones de oferta y demanda, Rawls denominó **sistema de libertad natural** a la concepción que es típicamente sostenida por los defensores de la sociedad de mercado. Según Rawls, el sistema de libertad natural requiere de:

... una igualdad formal de oportunidades bajo la que todos tengan al menos los mismos derechos legales de acceder a todas las posiciones sociales aventajadas. Pero [critica Rawls] en la medida en que no existe un esfuerzo para preservar una igualdad de condiciones sociales (...) la distribución inicial de recursos para cualquier lapso de tiempo queda fuertemente influenciada por contingencias naturales y sociales (Rawls 1973, 72).

El sistema de libertad natural puede ser visto como un concepto equivalente al principio convencional de no discriminación y, según Rawls, comporta el grave defecto de permitir que las porciones distributivas de las que han de disfrutar los individuos sean impropiamente influenciadas por factores como la acumulación previa de riqueza en algunos grupos o por el talento o capacidades naturales que, desde un punto de vista moral contractualista, resultan arbitrarios. La manera de superar la unilateralidad de esta visión de la igualdad de oportunidades exige que ésta se someta a un proceso

de nivelación relativa de los puntos de partida de la competencia social inducido por la autoridad democrática y se erija como “igualdad justa de oportunidades”. Esta segunda lectura de la igualdad de oportunidades es lo que da nombre a la “igualdad liberal”.⁴¹

Por ello, la “igualdad liberal” se revela como una exigencia de añadir al requisito de que las oportunidades estén abiertas a los talentos la condición adicional de la igualdad justa de oportunidad (*fair equality of opportunity*). Por ello, dice Rawls:

... la interpretación liberal (...) busca mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural en las porciones distributivas. Para alcanzar este propósito es necesario imponer condiciones básicas estructurales al sistema social. Los arreglos del libre mercado deben ser puestos en un esquema de instituciones políticas y legales que regule las tendencias globales de los hechos económicos y preserve las condiciones sociales necesarias para la igualdad justa de oportunidades. Los elementos de este esquema son suficientemente familiares, aunque vale la pena recordar la importancia de prevenir las acumulaciones excesivas de propiedad y riqueza y de mantener oportunidades equitativas de educación para todos (Rawls 1973, 73).

Esta idea rawlsiana ataña a su modelo de justicia distributiva, en el que el enunciado de “posición menos aventajada”, que es una categoría moral central en el argumento, se identifica con una

⁴¹ No debe olvidarse que en la cultura y lenguaje políticos estadounidenses del siglo XX, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, el adjetivo “liberal” se vincula a la defensa de los derechos civiles y a la exigencia de que el poder político intervenga en el mercado, limite sus abusos y externalidades y mantenga instituciones de justicia distributiva. Por ello, en los Estados Unidos de América la agenda antidiscriminatoria, junto con la agenda social, son con frecuencia adjetivadas de liberales.

posición socioeconómica o de clase; pero lo recuperable de ella para nuestros propósitos es la certeza de que la igualdad simple de oportunidades es incapaz de reducir la desigualdad en una forma significativa, porque no incide en la nivelación de los puntos de partida de las personas que compiten luego por las posiciones sociales.⁴² Si el principio de no discriminación se hace equivalente al sistema de libertad natural, no queda espacio para transitar de la idea formal de igualdad a mecanismos de compensación como los que Rawls articula con la combinación de la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En este sentido, también desde una perspectiva de corte rawlsiano, el concepto de no discriminación exigiría algún tipo de compensación o regla distributiva altamente exigente. Dice Rawls:

Tratar los casos similares de manera similar no es una garantía suficiente de justicia sustantiva. Esa última depende de los principios conforme a los cuales la estructura básica es diseñada. No existe contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que acepta las más arbitrarias formas de discriminación, sea homogénea y consistentemente administrada, aunque esto pueda ser improbable (Rawls 1973, 59).

El ideal rawlsiano de igualdad económica se sustenta, como hemos dicho, en dos mecanismos precisos de compensación: la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En ambos casos, la justicia se hace posible por los tratamientos preferenciales a favor de las posiciones menos aventajadas; tratamientos que según Rawls no

⁴² Para una crítica de esta idea rawlsiana de “posición menos aventajada” definida bajo criterios sólo socioeconómicos o de clase, y para una reivindicación de otro tipo de posiciones desventajadas como las de las personas con discapacidad o las mujeres, véase Rodríguez Zepeda (2004).

abonan el terreno de la desigualdad, sino que ponen a la estructura básica de la sociedad en una tendencia hacia la igualdad.

La idea rawlsiana de compensación de las posiciones sociales menos aventajadas mediante la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia han articulado el paradigma dominante en la filosofía política contemporánea, de una idea de justicia definida por el principio de compensación social. La categoría de compensación también está a la base de las múltiples defensas de la llamada acción afirmativa, sólo que con la especificidad de que sus posiciones de referencia no son categorías socioeconómicas (los menos aventajados en ingreso y riqueza), sino categorías de género, de etnia, de capacidades, de preferencias, de creencias o de edad.

LA ACCIÓN AFIRMATIVA

No obstante los aportes rawlsianos, cabe preguntarse en dónde reside la fuerza discursiva que subyace a la circunscripción muy extendida de la no discriminación a una concepción llana de igualdad (igualdad como trato igual o similar para todos al margen de sus atributos particulares moralmente irrelevantes). Acaso la respuesta más evidente puede encontrarse en el enorme consenso social (no necesariamente discursivo ni argumentable por la ciudadanía, sino intuitivo y parte del sentido común democrático) acerca de lo que significa no discriminar y la poca claridad para contemplar la acción afirmativa como política de la igualdad y no del privilegio. Parece existir un amplio consenso en las sociedades democráticas acerca del principio de no discriminación; sin embargo, tal nivel de acuerdo se pierde cuando se postula que ciertos grupos que han sufrido la discriminación de manera sistemática y profunda durante largo tiempo requieren compensaciones específicas para superar la condición subordinada derivada de la propia discriminación.

Aunque con frecuencia resulta obvio que la mejor forma de asegurar la igualdad en una sociedad democrática es prohibir todo trato excepcional, tampoco es difícil encontrar razones atinentes al sentido común a favor de un tratamiento preferencial al servicio del propio ideal de la igualdad. En este contexto, Philip Green ha formulado una parábola para defender las acciones públicas de carácter positivo o afirmativo de un Estado democrático que se plantea la tarea de luchar contra la discriminación (Green 1998, 121-2). Como toda parábola, el relato ha de ser sencillo para que aclare las ideas subyacentes. Este autor nos propone imaginar un juego de fútbol entre dos equipos universitarios: Mayor State U. contra Deltaville College. El primero de estudiantes blancos; el segundo, de negros. Al finalizar el primer tiempo, State gana por un marcador de 54 a 0, determinado no sólo por su mayor tamaño y más recursos como institución sino también por el hecho de que a Deltaville se le ha obligado a jugar con 8 jugadores. En el medio tiempo, a instancias de Deltaville, un árbitro revisa el curso del juego y declara que éste ha sido injusto, pues cada equipo debe jugar con 11 jugadores, ni más ni menos. State acepta jugar bajo la nueva regla. A punto de iniciar el segundo tiempo, el entrenador de Deltaville pide que ahora su contrincante sea el que juegue con 8 jugadores. Ante esto, el entrenador de State reclama: “ya oíste lo que dijo el árbitro, el juego es de 11 contra 11; no puedes pedir más jugadores sólo porque eres negro. El juego ha de ser ciego al color. Deja de reclamar y pónganse a jugar: sólo están ocho touchdowns abajo”.

Como el mismo Green explica, el primer tiempo del juego equivale a un “régimen de segregación” que no es otra cosa que un Estado formalmente racial. Pero el siguiente paso merece una interpretación profunda en términos de igualdad:

el primer y absolutamente esencial paso a realizar es la abolición permanente del Estado racial —y el Estado de género y el Estado de clase—. Pero, desde luego, esto significa no solamente que sean abolidas las formalmente antiigualitarias instituciones del pasado, sino que las condiciones de desigualdad de largo plazo directamente creadas por ellas deben ser revertidas (Green 1998, 122).

La idea presente en la parábola de Green es que no se hace justicia contra la discriminación si el derecho a no ser discriminado se queda en el terreno de una, por lo demás necesaria, regla de juego limpio sin alterar las condiciones estructurales de relación entre los grupos y sin compensar a quienes la han sufrido de manera histórica. En una formulación similar, Philip F. Rubio (2001) ha sostenido que la acción afirmativa es necesaria porque los esquemas esclavista, racista y de segregación de negros y mujeres ha funcionado, en los hechos, como una suerte de secular **acción afirmativa a favor de los blancos**, lo que implica que las reglas del juego sólo podrán ser verdaderamente justas cuando los efectos de esta injusticia de largo aliento hayan quedado resarcidos por los mecanismos compensatorios del tratamiento preferencial de sentido inverso: la acción afirmativa.

Esta convicción moral, pero también sociológica, de que regularizar las reglas del juego de la competencia por los cargos y los logros sociales no es suficiente para alcanzar genuinas condiciones de igualdad de trato entre las personas y los grupos, constituye el emplazamiento normativo de la acción afirmativa.

La **acción afirmativa** admite, al menos, dos definiciones; una de gran amplitud y otra más concreta y limitada. En su sentido más amplio, la acción afirmativa consiste “en la idea de dar los pasos proactivos necesarios para desmantelar el prejuicio...” (Marable 1996, 5) Aunque el término “acción afirmativa” sólo se empezó a

utilizar en 1961, en la Instrucción ejecutiva número 10925 (*Executive Order 10925*) del Presidente estadounidense John F. Kennedy, la idea de actuar proactivamente para la integración social de la población negra puede registrarse desde 1953, cuando el Comité sobre cumplimiento de contratos del Presidente Harry S. Truman urgió a “Actuar positiva y afirmativamente para aplicar la política de no discriminación en (...) los servicios de empleo.”⁴³ En este sentido amplio, la acción afirmativa puede contemplarse como la promoción, gubernamental y social, de la inclusión social de un grupo, en este caso la población negra, tradicionalmente discriminada y excluida. Esta inclusión social puede lograrse con medidas de distinto tipo, cuyo propósito último es la igualdad de oportunidades.

El otro sentido de la acción afirmativa es más restringido, aunque sumamente relevante, y tiene que ver con medidas específicas para que grupos como las mujeres y las minorías étnicas puedan estar representados en las posiciones educativas y laborales más altas y redituables de una sociedad. En este sentido, la acción afirmativa puede diferenciarse de la igualdad de oportunidades, pues ésta no se define por la pertenencia a un grupo discriminado, mientras que en la segunda esta pertenencia es esencial. En este sentido, no hay posibilidad de una estrategia de acción afirmativa al margen de un tratamiento preferencial por determinados grupos. Dice Sowell:

Las leyes y políticas de igualdad de oportunidades requieren que los individuos sean juzgados por sus cualidades como individuos, *sin tomar en cuenta* la raza, el sexo, la edad, etcétera. La acción afirmativa requiere que los individuos sean juzgados *tomando en cuenta* tal pertenencia a un grupo, recibiendo un tratamiento preferencial o compensatorio en algunos casos

⁴³ Citado por Marable (1996, 5).

para alcanzar una ‘representación’ más proporcional en algunas instituciones y ocupaciones (Sowell 1997, 100).

En esta segunda acepción, que con frecuencia es tomada como la única acepción, la acción afirmativa se expresa mediante una política de “cuotas” educativas o laborales.⁴⁴ Las cuotas funcionan como un mecanismo de “reserva” de un porcentaje preestablecido de plazas y posiciones en empleos y matrículas educativas para minorías sexuales o raciales. Así, por ejemplo, en numerosas universidades estadounidenses, en la década de 1970 se abrieron procesos de doble ingreso, que, por una parte, establecían estándares de admisión de un tipo para estudiantes blancos y, por otra, estándares de otro tipo para estudiantes de minorías raciales como la población negra o la latina.

Un rasgo novedoso en el terreno de la acción afirmativa es la introducción legal de cuotas de género o de minorías étnicas en el terreno de la representación política. En efecto, ante la constatación de la subrepresentación de las mujeres en el poder político, en algunas naciones se han establecido cuotas de género que garanticen un mínimo de representación de las mujeres en posiciones políticas relevantes. Así, en México, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) obliga a que los partidos no excedan de 70% de candidaturas propietarias para un solo sexo. Un mecanismo similar se ha utilizado para elevar a la representación política cuotas de población indígena y de otras minorías etnoculturales.⁴⁵

⁴⁴ La identificación de la acción afirmativa sólo con cuotas laborales, educativas y políticas para minorías es convencional. Por ejemplo, en el notable estudio de Mario Santiago (2007) sobre la acción afirmativa, ésta se entiende sólo como una política de cuotas, mientras que el resto de medidas compensatorias de tratamiento preferencial cae en la categoría de *acciones positivas*.

⁴⁵ Un excelente estudio sobre los dilemas normativos de las cuotas étnicas en la representación política de países democráticos está en Rodríguez Armenta (2010).

Ya sea que se afirme la concepción general de la acción afirmativa o su concepción concreta identificada con la cuotas, lo cierto es que siempre se le supone como una estrategia temporal que debe desparecer apenas hayan sido equilibradas las condiciones de desventaja que le dieron origen. La temporalidad de la acción afirmativa reafirma su vinculación con el concepto de igualdad, pues esta estrategia de compensación no se contempla como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar el objetivo deseable de la igualdad de trato y de oportunidades entre todos los miembros de la sociedad.

Desde el punto de vista de los promotores de la acción afirmativa, el problema de injusticia suscitado por el amplio abanico de prácticas discriminatorias no puede superarse si la acción legal contra tales prácticas se mantiene sólo en la formulación de derechos de protección frente a la acción de otros particulares o del Estado. Nuestro argumento nos conduce a concluir que, junto a estas protecciones, es necesaria una estrategia general de acción afirmativa, estimulada por el Estado para el desarrollo de las **capacidades básicas** de quienes forman los grupos sociales vulnerables a la discriminación.⁴⁶ En efecto, junto a la prohibición legal de discriminar, se debe formular una serie de obligaciones de los órganos estatales y de los particulares para compensar, promover e integrar a quienes, por su condición permanente o transitoria, son vulnerables a la discriminación.

La promoción por parte del Estado de las capacidades de los miembros de grupos vulnerables permite, por una parte, protegerlos contra el desprecio social y sus efectos sobre los derechos subjetivos que caracterizan a la discriminación, pero también

⁴⁶ La noción de “capacidades básicas” (*basic capabilities*) se ha hecho regular en la literatura sobre temas de desarrollo, y fue propuesta por Amartya Sen (1999); aunque no debería olvidarse que esta noción se fragó en el terreno de la filosofía política y, en específico, en el debate de Sen con John Rawls. Véase Rodríguez Zepeda (2004).

permite, y esto es probablemente más importante en el largo plazo, habilitarlos como ciudadanos con un sentido del autorrespeto y capaces de reclamar, al cabo del tiempo, el respeto de los demás hacia sus derechos.⁴⁷ El tratamiento diferenciado positivo debe conducir, en este sentido, a “dotar de poder” a los miembros de estos grupos.

La acción afirmativa, como forma más destacada de las políticas de tratamiento preferencial, se desarrolló históricamente al hilo de la lucha por los derechos civiles y la no discriminación en el último cuarto del siglo XX en los Estados Unidos de América. Empero, como señala Thomas Nagel, en una sociedad democrática puede generarse un acuerdo prácticamente general, es decir, consensual, acerca de la inaceptabilidad de la discriminación y mantenerse profundas divisiones sobre la pertinencia de la acción afirmativa. Dice Nagel (1977, 4):

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

El propio Nagel señala que este amplio consenso de condena a la discriminación se extiende al reconocimiento de que ésta subsiste

⁴⁷ La noción de “autorrespeto” (*self-respect*) fue propuesta por John Rawls como uno de los bienes primarios que una sociedad justa debe garantizar a sus miembros. Se trata de una condición psicológica derivada de condiciones sociales favorables de libertades básicas, oportunidades e ingreso (Rawls 1973, 90-5).

aún en ausencia de barreras o prohibiciones explícitas, lo que apoya los esfuerzos por desterrar las prácticas no explícitas de discriminación como las que constituyen la discriminación indirecta.

Este acuerdo prácticamente consensual sobre la no discriminación (que un lector atento identificará con mi definición llana del derecho a no ser discriminado) puede extenderse hasta llegar a avalar algunas medidas compensatorias para grupos que han sufrido discriminación en el pasado, bajo la forma de programas especiales de capacitación, apoyos financieros, guarderías, tutorías o becas de aprendizaje. Estas medidas se orientan a proporcionar cualificación social y laboral a personas que deben sus reducidas oportunidades a la discriminación sufrida, ya sea por ellas mismas o, en el pasado, por la mayoría de quienes han integrado su grupo de pertenencia. Sin embargo, el acuerdo general sobre la no discriminación desaparece cuando se entra al terreno de lo que propiamente se puede entender como acción afirmativa. Dice Nagel:

En esta cuarta etapa encontramos una amplia división de opinión. Están, por una parte, los que piensan que nada adicional puede legítimamente hacerse en el corto plazo una vez que las desigualdades injustas de oportunidad remediables entre los individuos han sido enfrentadas: las irremediables son injustas, pero cualquier intento de contrabalancearlas mediante la discriminación inversa (*reverse discrimination*) serían también injustos, porque emplearía criterios irrelevantes. Por otra parte, están aquellos que juzgan inaceptable en tales circunstancias permanecer con los criterios restringidos del desempeño exitoso y que creen que la admisión diferenciada o los estándares de contratación para los grupos peor situados están justificados porque de manera aproximada, pero sólo de manera aproximada, compensan las desigualdades de oportunidad generadas por la injusticia pasada (Nagel 1977, 6).

Con base en lo anterior, podemos sostener que el debate político y jurídico a propósito de la acción afirmativa es, en el fondo, una disputa acerca de cómo entender el valor democrático de la igualdad. En un caso, se le ve como regla permanente e inalterable que no admite excepción ni suspensión; en el otro, se ve a la igualdad como un fin no reducible a sus medios, y por ello se afirma que algunas medidas temporales de preferencia a grupos discriminados pueden balancear el terreno de la competencia social y limar sus injusticias discriminatorias heredadas del pasado.

En este contexto, el mayor aporte teórico para una clarificación del papel del tratamiento diferenciado en cuanto al valor de la igualdad ha sido hecho por Ronald Dworkin. Sus textos sobre la justificación filosófica y la clarificación constitucional y legal de la acción afirmativa cumplen el requisito de postular al principio de trato preferencial como parte de una enunciación fuerte del principio de igualdad. En la perspectiva de Dworkin, la ruta del consenso empírico no parece ser la opción más confiable para arribar a una respuesta razonable respecto del valor del tratamiento preferencial en el terreno de la justicia. Como el mismo Dworkin ha señalado, la presencia de máximas y lugares comunes acerca de que “no se puede combatir el fuego con el fuego” o que nunca “el fin justifica los medios”, hace perder de vista la complejidad de una problemática social que tiene que ser entendida no sólo en su coherencia conceptual, sino también en su dimensión histórica (Dworkin 1985, 295).

Para Dworkin, uno de los malentendidos más frecuentes acerca de las políticas de acción afirmativa reside en el supuesto de que si los negros o las mujeres “merecen” un tratamiento preferencial, no debería existir obstáculo para que otras minorías étnicas y sociales reclamen un merecimiento similar, llevando a la sociedad a la fragmentación y a la pérdida de normas comunes de justicia. Aquí el problema está en el uso abusivo del término “merecimiento”, pues las políticas de acción afirmativa no tienen que suponer que el

tratamiento preferencial es merecido por quienes lo disfrutan, sino sólo que tales medidas contribuyen a solucionar problemas relevantes para toda la sociedad. En el caso de los criterios raciales para determinar cuotas laborales o escolares, el propósito no es aumentar la conciencia de la raza en esos terrenos, sino justamente lo contrario, es decir, que la predeterminación étnica o de género no sean factores para la distribución de los individuos en el mercado de trabajo o en las posiciones educativas.

Por ello, Dworkin precisa un doble sentido contenido en la noción de igualdad, y que es determinante para una visión completa del fenómeno discriminatorio. Así, puede decirse que existen, bajo el concepto de igualdad, dos maneras distintas de formular los derechos de no discriminación (Dworkin 1977). La primera es el derecho a un “tratamiento igual”, que consiste en el derecho a una distribución igual de alguna oportunidad, recurso o carga. En este sentido, la no discriminación es igualitaria porque obliga a no establecer diferencias de trato arbitrarias basadas en el prejuicio y el estigma. Este primer contenido de la igualdad es lo que se puede denominar “igualdad de trato” y tiene, por ejemplo, una de sus plasmaciones más claras en la manera en que la justicia penal y otras formas de justicia procesal tienen que tratar a quienes están bajo su jurisdicción. Un juez no puede permitirse tratar mejor a un rico que a un pobre, a un hombre que a una mujer. Esta forma de igualdad tiene un poderoso efecto antidiscriminatorio, pues actúa bajo el criterio de que ninguna excepción o arbitrariedad está justificada, pues la norma legal debe ser establecida y aplicada como si fuera “ciega a las diferencias” entre las personas. La igualdad de trato equivale a la eliminación de las distinciones o exclusiones moralmente arbitrarias que están prohibidas por el principio llano de no discriminación. Obliga a dispensar a todos un trato similar o equivalente.

La exigencia de igualdad de trato es necesaria para la vigencia social de la no discriminación, pero no es un criterio absoluto ni excluyente. Junto a esta idea de igualdad, es admisible otra forma de igualdad, capaz de admitir tratos diferenciados positivos o preferenciales, y que en ocasiones es tan necesaria que justifica la suspensión temporal del criterio de igualdad de trato. La segunda forma de igualdad presente en la no discriminación consiste en el “derecho a ser tratado como un igual”, que es el derecho, no a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con el mismo respeto y atención que cualquiera otra persona. Esta forma de igualdad, que Dworkin denomina **igualdad constitutiva**, admite, e incluso exige, la consideración de las diferencias sociales y de las desventajas inmerecidas, por lo que cabe en su ruta de ejercicio la ejecución de medidas de tratamiento diferenciado positivo a favor de los desventajados por discriminación. Dice Dworkin (1977, 227): “... el derecho a ser tratado como un igual es fundamental, y el derecho a un tratamiento igual es derivativo. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como un igual puede implicar un derecho a un tratamiento igual, pero no en todas las circunstancias”.

En este contexto, la igualdad derivativa, es decir, la igualdad de trato, tiene un carácter formal; exige, en efecto, que todas las personas sean tratadas “de la misma manera” y sin discriminación alguna, lo que supone una “protección igual y efectiva” para todas ellas, “incluyendo” en este trato a las personas tradicionalmente discriminadas por su pertenencia a un grupo estigmatizado. En este orden de ideas, afirmar la no discriminación en el sentido formal de la igualdad se concreta en la exigencia de un trato igual para todas las personas. Sin embargo, la igualdad como meta social y como ideal de una sociedad democrática (es decir, como valor compartido y no sólo como definición formal del trato del sistema legal con los ciudadanos) supone tratar a las personas como iguales en dignidad,

derechos y merecimiento de acceso a las oportunidades sociales disponibles, lo que admite el tratamiento diferenciado.

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

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

Siguiendo la idea de Rawls de que la discriminación se juega en el terreno de una teoría no ideal de la justicia, y considerando el mundo tal cual es y no como un modelo ideal donde todos tengan igualdad de oportunidades, lo que la desventaja de estos grupos exige es una “compensación” que les permita equilibrar la situación

de debilidad competitiva que han padecido a lo largo del tiempo. Esta compensación tiene que consistir en una estrategia a favor de la igualdad en su sentido constitutivo, y por ello implicaría la aceptación de diferencias de trato para favorecer, temporalmente, a quienes pertenecen a los grupos vulnerables a la discriminación.

Amy Gutmann ha conceptualizado esta distinción entre el ideal social de la justicia y la adecuación del trato diferenciado para alcanzar ese ideal. Gutmann señala que, en el caso del conflicto racial estadounidense, las estrategias de “indiferencia al color” (*color blindness*) no son necesariamente compatibles con un esquema de justicia adecuado, y que incluso la posibilidad de hacer posible este esquema reside en la aplicación de políticas “sensibles al color” (*color conscious*) (Gutmann 1998, 106-18). Gutmann desarrolla un argumento central en esta discusión: la crítica a la falacia de considerar que la estructura social no está moldeada por las prácticas de exclusión, abuso y discriminación del pasado y que, por tanto, las medidas basadas en la raza, el género u otros atributos particulares son arbitrarias e inversamente discriminatorias. En realidad, la indiferencia al color no es un principio fundamental de justicia, aún cuando pudiera ser aceptado en una concepción ideal de equidad. Sin embargo, en la experiencia social real, el ideal de justicia equitativa sólo puede alcanzarse si se recurre a ciertas formas de tratamiento preferencial. Dice Gutmann:

Los principios abstractos de justicia son indiferentes al color. Esto no es sorprendente, dado que han sido construidos imaginando como debería lucir una sociedad justa. La aplicación justa de principios abstractos, en contraste, puede ser sensible al color. Esto no debería sorprendernos tampoco, porque una aplicación justa implica mirar con cuidado en una sociedad real más que imaginar o asumir el ideal. (...) la justicia misma puede exigir políticas sensibles al color, que no serían apropiadas en una sociedad justa (Gutmann 1998, 110).

La ventaja de los argumentos de Dworkin y Gutmann reside en su capacidad de introducir la exigencia de tratamiento diferenciado en un concepto fuerte de igualdad, estableciendo una diferencia conceptual muy clara entre la definición ideal de la justicia y el sentido normativo de los medios para reducir las injusticias reales.⁴⁸

La intuición moral presente en los argumentos de Dworkin o Gutmann no se agota en el debate estadounidense sobre la discriminación y las medidas para combatirla, sino que es suficientemente poderosa para estimular la crítica de esta forma concreta de desigualdad en democracias menos asentadas como la mexicana. La no discriminación es un derecho humano fundamental. Sin embargo, su alcance igualitario y **parificador** puede variar, dependiendo de si la entendemos como compatible o incompatible con el tratamiento preferencial en general y con la acción afirmativa en particular.

UNA NOTA FINAL: MULTICULTURALISMO Y NO DISCRIMINACIÓN

En el debate contemporáneo sobre las múltiples relaciones entre la democracia y el derecho a no ser discriminado destaca el argumento de los “derechos especiales de grupo” de carácter etnocultural, es decir, el discurso del reconocimiento de derechos que sólo existen para grupos determinados, en particular minorías etnoculturales, cuyo propósito, similar al de la Acción afirmativa, es el de compensar las condiciones de desventaja histórica de estos colectivos. Una reflexión seria sobre las relaciones entre democracia y no discriminación no puede obviar

⁴⁸ Una línea de argumentación similar puede leerse en los trabajos de Owen Fiss. Para este autor, el principio de igual protección de la ley sólo puede entenderse de manera correcta en relación con un principio de desventaja grupal, que lleva a la legitimación del tratamiento preferencial para los grupos estructuralmente débiles (Fiss 1977).

la inclusión de un argumento (así sea necesariamente breve) sobre el debate multicultural de nuestros días.⁴⁹

El primer enunciado a tener en cuenta es que, en tanto que consiste en un derecho fundamental predicable para toda persona, el derecho de no discriminación no se puede ver como una ley de minorías o un estatuto promotor de la auto-segregación o *auto-apartheid*, según el atinado concepto acuñado por Ernesto Laclau (1995 y 2000). Por ejemplo, en los principales instrumentos internacionales contra la discriminación, la finalidad establecida es el acceso del grupo discriminado a la corriente central (*mainstream*) de la vida social y la eliminación de su subordinación y su marginalidad. En este sentido, es un consenso generalizado que la no discriminación es una forma de inclusión social más que de afirmación de rutas separadas para los grupos sociales.

En el caso de las diferencias etnoculturales, por ejemplo, las políticas de no discriminación se orientan a buscar un justo equilibrio —una suerte de “justo medio aristotélico” entre dos extremos morales indeseables— entre la afirmación etnicista de la diferencia y la pretensión homogeneizadora de las concepciones ciegas a las diferencias, es decir, tratan de ofrecer una alternativa al debate actual entre las políticas de la diferencia, que pretenden la profundización del hecho diferencial, y las visiones liberales universalistas, que pretenden una afirmación de derechos por encima de las diferencias etnoculturales, sexuales y de otros tipos (Mulhall y Swift 1992). Esto desaconseja ver al derecho a la no discriminación como una

⁴⁹ En México, de hecho, ambos principios normativos son contextualmente coincidentes, tanto en el sentido de haberse formulado en el mismo momento histórico (finales del siglo XX y principios del siglo XXI) como en el de haberse convertido en parte de la Constitución en el mismo proceso de reforma constitucional, que llevó a que en la Carta Magna mexicana se instalaran simultáneamente, en 2001, el derecho fundamental a la no discriminación y los derechos culturales de los grupos indígenas.

especie del reclamo multicultural; pero también desaconseja verlo como una formulación abstracta de la igualdad liberal insensible a la evidencia social de que los procesos de discriminación tienen una dimensión grupal que es el resultado de los fenómenos sociales de la estigmatización y el prejuicio.

Debido, precisamente, a que se considera que en una comunidad nacional existen derechos y oportunidades que se juzgan socialmente valiosos, es que se procura que la norma antidiscriminatoria garantice la eliminación de las barreras de acceso a su disfrute. Así que el marco lógico de la no discriminación sigue siendo el Estado nacional, aunque desde luego lo que se pone en duda en el actual debate del pluralismo cultural es que este Estado pueda ser concebido como homogéneo en composición étnica, en ideas de vida buena y felicidad y en doctrinas o creencias religiosas (Colom 1998).

No debería perderse de vista que el derecho a la no discriminación posee una capacidad específica para perfeccionar u optimizar los derechos sociales y los derechos políticos. Una poderosa legislación antidiscriminatoria es capaz de inducir transformaciones importantes en el ejercicio de derechos sociales como la salud, la educación o el trabajo, pues o bien elimina barreras de acceso a esos derechos o bien genera medidas especiales para que los integrantes de los grupos discriminados puedan adquirir la capacidad de acceder a esos derechos. En ese sentido, podemos hablar de que el derecho antidiscriminatorio forma parte de un proceso político que busca perfeccionar el acceso al bienestar. A fin de cuentas, los derechos sociales sin respeto a la libertad, integridad y diferencias de las personas se convierten en prácticas clientelistas o corporativas, mientras que la protección de la persona sin atención al contexto de bienestar que ésta requiere y necesita, tiende a convertirse en sólo una forma más de la insolidaridad y la desigualdad general.

Pero también el perfeccionamiento de los derechos políticos depende del buen ejercicio del nuevo derecho a la no discriminación.

Los derechos políticos, los derechos por autonomía del sistema democrático, son con frecuencia limitados por las prácticas de discriminación y exclusión social. Por ello, la no discriminación es crucial para su ejercicio pleno. Tomemos el caso de las comunidades indígenas y el problema de su discriminación política.

Aunque en México el acceso a los derechos políticos se ha regularizado para prácticamente toda la ciudadanía en el curso de la última década, queda claro que grupos sociales como los indígenas no encuentran en el uso convencional de estos derechos la posibilidad de articular las decisiones colectivas que consideran relevantes. En efecto, el conflicto entre algunas prácticas tradicionales de toma de decisiones y las prácticas regidas por la legalidad electoral plantea algunos dilemas que tienen que alcanzar una solución política. En el caso específico que nos ocupa, resulta claro que la discriminación limita el derecho democrático a la representación. Aunque siempre tienen que hacerse estudios específicos respecto de cada grupo vulnerable, puede decirse que la participación política es coartada cuando se establece una norma abstracta de participación política que olvida las formas comunitarias de vida social en las que este derecho tiene que practicarse.

En una democracia moderna, el acceso a la representación política no puede sustituirse por las formas tradicionales de toma de decisiones en el seno de los grupos etnoculturales, pues éstas son en general formas de dominio tradicional; sin embargo, sí debería buscarse un esquema combinatorio que permita arraigar las normas generales de la representación política en el marco de los usos y prácticas considerado valioso por quienes componen esos grupos. Ya Jürgen Habermas, en su libro *Factualidad y validez*, ha señalado que, en el marco de una comunidad política plural, caracterizada por una variedad de tradiciones culturales (él tiene como referente la experiencia multicultural europea), se pueden afirmar los mismos principios y los mismos derechos sobre la base

de distintas interpretaciones según cada contexto cultural (Habermas 1998, 619-43). Esta idea implica que es posible tener distintas interpretaciones de esos derechos y principios políticos o, dicho de manera más sencilla, que no existe una interpretación única de los principios democráticos.

Cada comunidad cultural, con su propia cultura política, podría de inicio sostener los mismos principios democráticos que otras comunidades sostienen, aunque con interpretaciones propias. Tal vez este modelo sea adecuado para garantizar el acceso real a los principios democráticos en el caso de los grupos etnoculturales.

No deberíamos olvidar, sin embargo, que la forma tradicional de discriminación política de los grupos etnoculturales en México consistió en fomentar, por parte del Estado autoritario, ciertas figuras que ya existían en su estructura cultural, como la del cacicazgo. Debe decirse que en la propia estructura cultural de estas comunidades existen elementos que facilitan la acción autoritaria, y frente a los cuales las reglas formales de la democracia representativa se erigen como una alternativa superior.

Así que el dilema político de la discriminación por raza o etnia en el caso de los derechos políticos es una cuestión de equilibrios. Por un lado, se trata de garantizar que los usos legales e institucionales que se hacen obligatorios en las comunidades etnoculturales no sean disonantes con los usos culturales y simbólicos de estos grupos; y por otro se trata de evitar que las reglas políticas simplemente reflejen las tradiciones autoritarias que ya están presentes en esos grupos.

En cualquier caso, sólo la política democrática es capaz de construir estos puntos de equilibrio. Si abandonamos la idea de que toda tradición comunitaria es valiosa sólo por ser tradición, pero si, a la vez, reconocemos que los principios y derechos democráticos deben poseer un sentido que los haga significativos para grupos étnicos en los que han estado ausentes desde siempre, entonces podremos empezar a encontrar las soluciones de compromiso que son deseables.

Acaso el esquema planteado por Will Kymlicka en 1995 siga siendo el adecuado para buscar soluciones a esta cuestión. En su libro *Ciudadanía Multicultural*, Kymlicka señala la necesidad de alcanzar un equilibrio entre lo que él denomina las **protecciones externas y las restricciones internas** para los grupos etnoculturales (Kymlicka 1995, 35-44). Las primeras son acciones del Estado que buscan proteger la integridad de los grupos etnoculturales. Estas **protecciones externas** son, por ejemplo, los derechos especiales de grupo como los que permiten una representación especial en los parlamentos para los grupos indígenas. Se trata en este caso de que el Estado proteja con una ley adecuada la forma de vida de las comunidades y que les reconozca atribuciones políticas distintas a las de la mayoría, mismas que habrán de ayudarle a sobrevivir como grupo.

Sin embargo, estas protecciones externas están condicionadas a la **prohibición de las restricciones internas**. Las restricciones internas son violaciones a los derechos constitucionales que el grupo etnocultural puede cometer contra sus miembros. Se trata, sin más, de la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los individuos contra la mayoría grupal que puede ser aplastante y autoritaria. Entre estos derechos fundamentales destaca, desde luego, el derecho a la no discriminación; lo que implica que las reglas políticas o culturales protegidas de un grupo etnocultural no deben, a riesgo de ser juzgadas antidemocráticas, tornarse discriminatorias respecto de los integrantes o minorías del propio grupo. Desde luego, Kymlicka trata de encontrar ese punto de equilibrio del que hablábamos antes, es decir, de combinar el derecho de los grupos a preservar su existencia y el derecho de los individuos a preservar su integridad jurídica y moral.

La lucha contra la discriminación y el racismo en la representación política tendría que buscar un equilibrio similar. Ese es el programa que la teoría nos puede dar, pero lo cierto es que la ardua

tarea de su realización sólo corresponde a la acción política de los grupos democráticos.