

Capítulo sexto	
MANDATO ESPECÍFICO DE NO DISCRIMINACIÓN	109
I. Elementos para la definición de “discriminación” .	111
II. Rasgos vedados	119
III. Normativa internacional	124
IV. Mandato de no discriminación: violación cualificada del principio de igualdad	128

CAPÍTULO SEXTO

MANDATO ESPECÍFICO DE NO DISCRIMINACIÓN

Discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, o formular una distinción que, definitivamente, es contraria a algo o a alguien. Quizá en una frase más breve, podría decirse que discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible; es decir, la discriminación no se equipara a cualquier trato desigual sino a una desigualdad que toma como base un criterio no razonable e incluso prejuicioso y estigmatizador. El contenido que podría entonces tener el mandato de no discriminación se formularía de la siguiente manera: a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra.

Nuevamente, como con el principio genérico de igualdad, surgen al menos dos cuestiones centrales: qué se debe entender por “razones relevantes” y cuáles son los criterios aceptables y, en ambos casos, cómo los identificamos.⁸⁰

En los sistemas democráticos cuyas cartas fundamentales contienen un mandato de no discriminación, ha sido la jurisprudencia la que ha clarificado y la que ha dado nuevas dimensiones al principio de igualdad.

De cualquier forma, cuando un ordenamiento jurídico reúne al mandato de no discriminación señalado de manera expresa y al prin-

⁸⁰ Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 7, septiembre-diciembre de 1990, p. 179.

cipio genérico de igualdad (que incluye la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en el contenido de la propia ley) garantiza la doble función que corresponde a la igualdad, a saber: ser límite objetivo del poder y ser derecho fundamental de la persona, de acuerdo con el doble significado de la Constitución, como *Frame of Government* (estructuración del poder) y como *Declaration of Rights* (declaración de derechos).

En cuanto límite objetivo del poder, se ha constatado que el principio de igualdad supone exigencias valorativas o materiales en las diferencias de trato, como “igualdad en la ley” o en las decisiones de los poderes públicos.

Se ha requerido también una justificación objetiva y razonable de un trato normativo diferente y se han vedado las diferencias de trato irrazonables, desproporcionadas o arbitrarias. La igualdad deviene así un principio informador de toda regulación jurídica y de toda actuación de los poderes públicos al tiempo que permite el control constitucional de toda acción; en particular de la acción legislativa y de las diferencias normativas creadas o establecidas en las leyes.

Por tanto, el principio de igualdad ha supuesto un impacto profundo tanto en el control de las desigualdades normativas de trato, exigiendo la razonabilidad de las distinciones normativas, como en la acción de los poderes públicos. Ha operado también respecto al poder judicial en particular, a través del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que impide que criterios aplicativos consolidados previos, se quiebren en un caso concreto y obliga a los jueces y tribunales a un cierto continuismo y consistencia en sus decisiones o, en su caso, a motivar los cambios de criterio, en el entendido de que no pueden limitarse a decidir un caso en concreto. Así, el principio de igualdad ha operado en apoyo de otros derechos constitucionales, al entenderse que la igual protección de los derechos —base del principio de igualdad— no es sólo un derecho fundamental por sí mismo, sino además una condición de ejercicio de los demás derechos fundamentales, tales como: la libertad religiosa, de expresión, de opinión, etcétera.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 111

En este mismo orden se considera, por tanto, que la diferenciación de trato en el ejercicio de un derecho fundamental puede ser al mismo tiempo desconocimiento de ese derecho fundamental y también lesión del principio de igualdad.

Por otro lado, la prohibición de discriminación adopta una operatividad propia en el sentido de que responde a un mandato de paridad y de exclusión de diferencias de trato basadas en criterios especialmente “odiosos”. Para ello resulta relevante la utilización del término discriminación que se toma de una serie de instrumentos internacionales que reconocen, como derecho universal de la persona humana, junto al derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a no ser discriminado. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, y de los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸¹

I. ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE “DISCRIMINACIÓN”

El exponente más claro del desajuste que produce la respuesta jurídica del “derecho liberal” a la situación de injusticia sufrida por determinados grupos sociales, lo tenemos en la teorización doctrinal o dogmática de la discriminación. Es usual distinguir en la doctrina jurídica un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción al principio general de igualdad y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurre alguno de los criterios de diferenciación prohibidos.⁸²

⁸¹ Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Navarra, núm. 44, 2001, pp. 220-225.

⁸² Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, España, núm. 60, mayo-agosto de 2001, pp. 146 y 147.

También es posible identificar un significado tradicional o “neutro” del término discriminación y un significado jurídico.

El significado tradicional de discriminar es: separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra, mientras que el sentido de discriminar en el lenguaje jurídico contiene una carga peyorativa; se traduce en dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. Es decir, por aquellos motivos que se ha dado en llamar odiosos, críticos, prohibidos o vedados. En este sentido, la discriminación deja de tener un sentido neutro y los motivos que impulsan la discriminación ya sean características individuales o sociales, se califican como odiosos porque no tienen relación con los méritos, capacidades y en síntesis, con la dignidad del individuo, o bien, con la conducta concreta de la persona individual.

La prohibición de la discriminación “contra” se constituye así, como una reacción contra una violación cualificada de la igualdad, pero que va más allá del juego de la prohibición de desigualdades irrazonables de trato y tiende a eliminar e impedir diferencias “contra” el individuo por sus caracteres innatos o por su pertenencia a categorías o grupos sociales específicos.⁸³

A la luz de estos primeros bosquejos, es posible distinguir una característica muy peculiar que no se había encontrado en las manifestaciones anteriores del principio de igualdad. Se trata de un aspecto determinante del derecho antidiscriminatorio⁸⁴ —por su

⁸³ Se utiliza la cualificación de “contra” para distinguir entre la interpretación neutra de discriminar como diferenciar o distinguir, y la función peyorativa del término discriminar en función de criterios especialmente odiosos. *Cfr.* Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *cit.*, nota 31, p. 95.

⁸⁴ Lo que hoy se conoce como derecho antidiscriminatorio tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial. Se puede hablar del mismo como de la respuesta, en términos jurídicos, a las revueltas protagonizadas fundamentalmente por la minoría negra de este país; revueltas que fueron contextualizadas y, en cierta medida, canalizadas en la conocida lucha desarrollada por los derechos civiles. Ver Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: sub-

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 113

puesto reflejado en los mandatos de no discriminación— que ha de destacarse desde el principio: su carácter “grupal”. Es decir, que a través del mismo no se trata de hacer justicia a situaciones de individuos que pertenecen a un mismo grupo sino que, precisamente, lo que el derecho antidiscriminatorio intenta paliar es la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo (generalmente designado por el color de la piel, su origen étnico, el sexo, etc.) frente a quienes pertenecen a otro. Pero esta característica —que como se acaba de señalar, constituye el rasgo fundamental y sin el cual carece de sentido hablar de un derecho antidiscriminatorio— hace tambalearse a las estructuras jurídicas edificadas sobre una concepción de la igualdad de corte liberal y basada en el individuo, a la que le son ajenas las demandas de grupos y, en particular, está poco preparada para dar efectividad a los derechos colectivos.⁸⁵

En síntesis, el mandato de no discriminación, además de evitar diferencias de trato rechazables por su afectación a la dignidad humana, trata de proteger a grupos desfavorecidos y discriminados, para procurarles una igualdad efectiva (por protegerles en concreto). La paridad deviene ahora, un medio al servicio de la igualdad efectiva o real como fin que se trata de conseguir. Esa prohibición representa una explícita interdicción del mantenimiento

ordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *op. cit.*, nota 82, pp. 145 y 146.

⁸⁵ Son derechos colectivos, tanto aquellos que tienen los individuos que pertenecen a una cierta comunidad, en razón justamente de esa pertenencia; como los derechos que tiene un grupo minoritario frente a la mayoría. Esto es así porque se asume que el derecho de nuestros ordenamientos jurídicos adopta un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etc., y esto significa que no siempre actúa de manera neutra, por lo que ciertos derechos deben ser asignados a ciertos grupos en particular; por ejemplo, la exención del cierre dominical de negocios para los judíos, por tratarse de un derecho u obligación de base católica. Otro ejemplo puede ser el derecho a una representación adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos dada su escasa participación. Para abundar, ver Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, *cit.*, nota 48, pp. 102-106.

de diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población en posiciones no solamente desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona.

Potenciar las posibilidades del derecho antidiscriminatorio exige, pues, efectuar una crítica en profundidad de sus presupuestos, así como abrir unos cauces de revisión de los mismos, empezando por el concepto mismo de discriminación.

A diferencia de otros conceptos incluidos en declaraciones y convenciones internacionales, el concepto de discriminación ha merecido una especial atención por parte de los expertos. En consecuencia, existe una definición técnica satisfactoria del concepto de discriminación.

La historia de esa definición comienza con el convenio formulado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1958. Se trata del Convenio núm. 111⁸⁶ relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. La definición ahí formulada fue tomada posteriormente en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960.⁸⁷ Luego fue mejorada en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965⁸⁸ y, por

⁸⁶ Convenio núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, artículo 1.1. “A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación...” Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., nota 14, p. 329.

⁸⁷ Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, a. 1.1. “A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza...”

⁸⁸ Convención internacional sobre todas las formas de discriminación racial, artículo 1.1. “En la presente Convención la expresión ‘discriminación

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 115

último, apareció en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.⁸⁹ Las interpretaciones y reformulaciones del concepto de discriminación, sin embargo, no se detienen aquí pero mantienen una cierta línea muy clara.

Así por ejemplo, documentos tales como la Observación General núm. 18 (1989), referida a la “No discriminación” adoptada por el Comité de Derechos Civiles y Políticos, interpreta también el concepto de discriminación. El Comité considera que el término “discriminación”, debe entenderse referido a:

“...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.⁹⁰

La Observación General núm. 18 decidió elaborar una definición particular dado que las anteriores correspondían a un tipo es-

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”.

⁸⁹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a. 1. “A los efectos de la presente Convención, 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”. Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, vol. I, *op. cit.*, nota 14, p. 97.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 422.

pecífico de discriminación: hacia la mujer, a la discriminación racial, etcétera. Fue una decisión afortunada por su generalidad dado que entre tantas definiciones aun siguiendo una misma línea, existen diferencias que obedecen, sobre todo, a las materias particulares a las que se refieren.

La definición del ámbito, en el caso de la definición para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos queda abierta, mientras que en el Convenio núm. 111 se refiere al empleo y la ocupación; en otras convenciones ya mencionadas se limita a su ámbito propio también, como lo es el de la enseñanza. La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, por su parte, menciona los ámbitos político, económico, social, cultural u “otros ámbitos de la vida pública”. En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer también aparece una lista de esferas: política, económica, social, cultural, civil “o en cualquier otra esfera”, lo cual pareciera dejar abierta, si es tan clara como la racial, otra esfera de la vida pública o aun esferas privadas, lo cual podría suponer problemas interpretativos.⁹¹

Como quiera que sea, de todas las definiciones que se han dado en diferentes instrumentos internacionales, es posible extraer algunas conclusiones:

1. Se ha consolidado un uso específico del término “discriminación” que ya no equivale a una mera diferenciación o distinción, sino que tiene una connotación negativa y peyorativa, basada en un doble orden de razones: el carácter “odioso” e inaceptable del criterio de diferenciación elegido, que es de una naturaleza particularmente injusta, al basarse en características personales o situaciones sociales del individuo discriminado que se encuentran al margen de su responsabilidad personal y la otra razón es que esa diferenciación de trato

⁹¹ Cfr. Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *op. cit.*, nota 80, p. 183.

supone para ese individuo un perjuicio y una desventaja no deseable por él.

2. Las definiciones internacionales de discriminación ponen el acento en el resultado. Más que el punto de partida (la diferencia de trato), les preocupa la consecuencia, es decir, la situación de desigualdad creada. Mientras que en el principio genérico de igualdad el acento se ha puesto en el momento previo, de diferencia o no de tratamiento, en la discriminación el acento se pone sobre todo, en el momento final.⁹²

Muy relacionado con esta última conclusión, está una clasificación doctrinal de la discriminación como directa o indirecta. Esta distinción analítica evalúa no sólo el punto de partida sino también la consecuencia; dando sin duda, un paso hacia adelante en la consecución de una igualdad efectiva o real.

La *Discriminación directa* rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo. Es decir, la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen, se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. En términos generales, contempla el criterio formal de discriminación establecido en los mandatos de no discriminación. Suele identificarse con el *disparate treatment* del derecho anglosajón.⁹³

⁹² Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, p. 109.

⁹³ *Disparate treatment* y *disparate impact* son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconscientes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso y con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o inintencionalidad de la discriminación. Ver al respecto, Cfr. Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, España, Civitas, 1997, pp. 37 y ss.

La *discriminación indirecta* surge en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición —que lingüísticamente, se presenta como indiferenciadora o neutra— sino como resultado de los efectos o consecuencias de la misma. Puede darse cuando se usa un criterio no prohibido que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. De esta manera, sobre la base de la elección de criterios aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio. En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etc., sino que la aplicación de ese criterio incide perjudicialmente en los individuos de esas características y por ello, en el grupo al que pertenece ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados por el *disparate impact* o efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo.

En ambos casos el juicio de discriminación requiere de un *tertium comparationis*, es decir, necesita de un referente comparativo que, de este modo, se erige como modelo.

La introducción de la discriminación indirecta ha sido especialmente celebrada porque por un lado, supone abordar el tema de la desigualdad no sólo desde un punto de vista formal (cubierto por la figura de la discriminación directa), sino también real (basada en datos estadísticos) y, por otro lado, porque facilita un mecanismo procesal fundamental como es la inversión de la carga de la prueba que, como se ha visto, doctrinalmente compete a los tratamientos desiguales. Ahora, en concreto, cabe hacer mención del ámbito europeo, en donde esta aseveración ha cobrado vigencia. Es así, por ejemplo, la Directiva 97/80/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Concretamente, su artículo 4.1 establece lo siguiente: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 119

aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.⁹⁴

II. RASGOS VEDADOS

Hay una enorme cantidad de rasgos y caracteres personales y sociales que se pueden utilizar para establecer distinciones jurídicas y sociales sin afectar a la dignidad de los portadores de ellos, aunque en ocasiones puedan ser injustos, por ejemplo, el favorecimiento de la contratación de jóvenes respecto de la de mayores de 45 o 50 años. En cambio, las diferenciaciones por rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o las opiniones, históricamente han tendido a afectar no tanto las acciones de las personas, en cuanto modificables, como a las personas mismas o a su modo de ser, exigiendo de ellas un cambio, a veces incluso física o psicológicamente imposible o muy difícil, pero en todo caso moralmente inaceptable.

Existe una graduación en la gravedad de los supuestos de discriminación. Algunos de los más graves históricamente han sido, sin duda, las persecuciones genocidas, en donde a la inmodificabilidad material del rasgo discriminatorio se ha solido unir un despliegue de odio de inmensas dimensiones. Cerca de ellas hay que situar a las persecuciones religiosas, ideológicas y similares, que no dejan más opción de sometimiento que un cambio de modo de vida puramente externo o ficticio y la ocultación del rasgo.

En los sistemas democráticos actuales el riesgo más grave reside en las diferenciaciones por prejuicios descalificatorios de carácter estigmatizador o despectivo, típicos en la conducta social

⁹⁴ Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio...”, *op. cit.*, nota 82, p. 151.

hacia ciertas minorías raciales o simplemente, los de carácter minusvalorador, como tradicionalmente viene ocurriendo con las mujeres, confinadas en roles subordinados.

Aunque graves por su afectación a la dignidad humana y por ello merecedoras de atención y vigilancia, las distinciones por el nacimiento, la religión o la opinión, no son tan frecuentes hoy, en los sistemas democráticos al menos, como la honda y dilatada rai-gambre discriminatoria que todavía pervive socialmente en la raza y el sexo.

Por otro lado, aceptada esa gradualidad de la escala, también es de tomarse en cuenta que aparecen y reaparecen formas de discriminación como producto de otros prejuicios, tradicionalmente no considerados. En este punto cabe elogiar la previsión jurídica de las cláusulas discriminatorias abiertas, que facilitan la especial protección de nuevas formas de grave discriminación, incluyendo en tal apertura el desarrollo de una mayor conciencia social hacia formas de desigualdad que en realidad siempre han sido intolerables, como hacia los discapacitados o hacia las personas con orientaciones homosexuales.⁹⁵

Una revisión de los textos básicos de la normativa internacional revela que hay una constante en todos ellos, en el sentido de que formulan nóminas de criterios críticos, es decir, enumeran rasgos o condiciones generales que pueden significar, típicamente, la realización de actos discriminatorios, así como formulaciones que avalan el principio de igualdad. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sentado la base de la enumeración estándar de criterios críticos (artículo 2o.), que incluye rasgos o condiciones:

- a) Adquiridos naturalmente (raza, color, sexo).
- b) Condicionados culturalmente (idioma, religión, nacimiento, origen social, posición económica).

⁹⁵ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, nota 77, pp. 53 y 54.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 121

- c) Condicionados jurídicamente (origen nacional).
- d) Decididos personalmente (opinión política o de cualquier índole).

Es claro que las categorías clasificatorias no son totalmente nítidas y que hay criterios críticos que pueden asignarse al mismo tiempo a varias categorías. El listado de la Declaración Universal se reitera en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.⁹⁶

En los distintos instrumentos internacionales así como en varias Constituciones se hace un listado, por lo general únicamente enunciativo, de algunos criterios de discriminación expresamente prohibidos. Así también, en muchos casos se utiliza la técnica de la “cláusula general” que quita importancia a la cuestión de la lectura restrictiva de las circunstancias expresamente previstas.

En términos generales, unas causas de discriminación corresponden a características inmanentes, “heredadas”, del ser humano, con las que éste nace, que responden a su ser biológico; así como el nacimiento, la raza, el sexo, la condición o circunstancia personal. Básicamente lo que está en juego, es la idea de igualdad entre los seres humanos, que se negaría cuando tales circunstancias puedan suponer un perjuicio para el que ha nacido con ellas. Otras causas, aunque pueden estar influidas por el factor hereditario, son a su vez, productos de decisiones o elecciones del ser humano; es el caso de la religión, la opinión y algún tipo de condición o circunstancia social. En este tipo de causas, no sólo está en juego la igualdad, sino también el ejercicio de ciertas libertades y derechos.⁹⁷

Muchos de los criterios enunciados obedecen a discriminaciones de carácter histórico, así sucede por ejemplo, con la raza y el

⁹⁶ Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *op. cit.*, nota 80, p. 179.

⁹⁷ *Cfr.* Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *cit.*, nota 31, pp. 178 y 179.

nacimiento. Por lo que hace a las diferencias raciales, éstas han sido el producto de las conquistas, colonizaciones y procesos de descolonización. Se han acentuado en algunas regiones más que en otras y se extienden a características físicas, como el color o rasgos étnicos diferenciados, así como a características puramente culturales, como la pertenencia a una tribu, linaje o familia. En el mismo sentido, la discriminación por nacimiento tiene sus más profundas raíces en los privilegios de origen feudal, ligados precisamente al azar del nacimiento. Esta prohibición de discriminación en razón del nacimiento puede ser interpretada bajo esta luz, como una prohibición de ostentar títulos nobiliarios y, por otro lado, se puede extender también a los problemas derivados de la filiación fuera y dentro del matrimonio.

La aspiración a la igualdad entre los sexos, es también un motivo fundamentalmente histórico que justifica su inclusión expresa en el listado en virtud de que la discriminación contra la mujer se trata, como ha señalado Fernando Rey Martínez, de la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores) y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás.⁹⁸

La religión es también un factor de discriminación frecuentemente enunciado, baste recordar que la intolerancia religiosa ha sido a lo largo de la historia un punto clave utilizado tanto para conquistas y guerras como para las más atroces persecuciones. Del mismo modo, la opinión política es de frecuente inserción y no sólo la opinión política, sino la de cualquier otra índole. Se trata de un reforzamiento a la libertad de pensamiento y también de expresión, que se incluye porque es un elemento básico de la dignidad humana y de la libertad de elección del hombre.

En última instancia, en virtud del carácter puramente enunciativo de los listados de rasgos o criterios prohibidos en los mandatos de no discriminación, se recurre con frecuencia a las cláusulas de cie-

⁹⁸ Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, nota 64, p. 1.

re abiertas,⁹⁹ en donde siempre será posible interpretar tanto los criterios expresos como los de posible inclusión conforme a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas. Sin embargo, siempre que se recurre a la utilización de cláusulas generales o abiertas, se plantea el problema de su alcance. La respuesta a este posible conflicto será dada por el propio concepto de discriminación en su sentido peyorativo, de discriminación “contra”. Así, en los casos en que haya una redacción abierta de causas de discriminación, la cláusula general no puede emplearse de forma tal que quite importancia a los supuestos expresamente incluidos sino de forma que permita que si existen o se producen situaciones similares de victimización por factores no previstos expresamente, éstas encuentren amparo y tutela constitucional. Es por tanto, de tomar muy en cuenta, que si bien los factores de discriminación que se hacen explícitos en los diferentes instrumentos obedecen en general a circunstancias históricas pasadas, no se encuentran en la actualidad exentos de discriminación. Se trata de rasgos que han generado una costumbre de minusvaloración y que hay que proteger hoy en día no como reprobación de lo ocurrido en el pasado, sino por la situación presente y además, las cláusulas abiertas sirven también como evidencia de la comprensión de que siempre se puede ser más igual a través de la eliminación de todas y cada una de las causas que generan la disparidad entre las personas.

En síntesis, el fundamento de la prohibición de discriminación no se encuentra en el principio general que prohíbe desigualdades “arbitrarias” de trato, del que se deduzca luego la arbitrariedad de ciertas distinciones, tipificadas como irrazonables, sino de una

⁹⁹ Estas cláusulas abiertas, con las que se concluye, se articulan de distintas maneras; por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana: “Se prohíbe toda discriminación motivada por... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”, o bien, en la Declaración universal de derechos humanos “cualquier otra condición”; en la Declaración americana “alguna otra” y así por el estilo.

valoración internacionalmente aceptada de la dignidad humana y, en consecuencia, de la igualdad entre todos los seres humanos. No es la arbitrariedad como tal, sino la común dignidad de todos los hombres la que se pone en juego y la que fuerza a esa puntual intervención nacional e internacional. Se trata de una lucha contra unas desigualdades especialmente reprobables que, si prevalecieran, se estaría negando la paridad de dignidad social entre los seres humanos y considerando a unos no sólo diferentes sino incluso inferiores.¹⁰⁰

III. NORMATIVA INTERNACIONAL

La concepción de la discriminación como una noción peyorativa, se confirma en una serie de instrumentos internacionales nacidos en el seno de las Naciones Unidas. En lo que respecta al tratamiento de la discriminación, estos instrumentos podrían clasificarse en dos grandes grupos:

- a) Instrumentos internacionales que contienen una cláusula antidiscriminatoria en donde se trata de conseguir, al prohibir la discriminación, la plena efectividad de algunos derechos, cuya protección es el objetivo fundamental de esos instrumentos. La tutela antidiscriminatoria en estos casos es principalmente un instrumento para la efectividad del conjunto de derechos que trata de proteger el instrumento internacional. Tal es el caso, de:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, artículo 2.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, p. 110.

¹⁰¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2. “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados 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 cual-

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 125

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, artículos 2.1. y 26.¹⁰²
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, artículo 2.2.¹⁰³
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, artículo 1.¹⁰⁴
5. Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, artículo 2.¹⁰⁵

quier otra condición...”. Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, vol. I, *cit.*, nota 14, p. 39.

¹⁰² Pacto internacional de derechos civiles y políticos, artículo 2.1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, 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 social.

Artículo 26. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. *Ibidem*, p. 47.

¹⁰³ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 2.2. “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. *Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁴ Convención americana sobre derechos humanos, artículo 1.1 *Obligación de respetar los derechos*. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. *Ibidem*, p. 251.

¹⁰⁵ Convención sobre los derechos del niño, artículo 2.1. “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición econó-

- b) Existen otros instrumentos cuyo objetivo prioritario es la lucha contra la discriminación y se centran en algunos de los motivos básicos de discriminación, mismos que se tratan de evitar y suprimir a través de la prohibición de discriminación. Es el caso de:¹⁰⁶
1. Convenio núm. 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 1951.
 2. Convenio núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958, artículo 1.
 3. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960.
 4. Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1963.
 5. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965.
 6. Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 1967.
 7. Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973.¹⁰⁷

mica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”, artículo 2.2. “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁶ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 92 y 93.

¹⁰⁷ El crimen de *apartheid*, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, incluye las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional. El término denota actos inhumanos que tienen como fin instituir y mantener la dominación de un grupo racial sobre otro y oprimirlo sistemáticamente. Los actos pueden consistir en: la denegación del derecho a la vida y a la libertad, el asesinato, atentados graves contra la integridad física o mental, tortura, detención arbitraria, condiciones de existencia degradantes, impedimento de participación en la vida política, división de la

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 127

8. Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra, de 1978.
9. Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, de 1978.
10. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.
11. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 1981.
12. Convención internacional sobre el *apartheid* en los deportes, de 1985.
13. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, de 1990.

La normativa internacional se dirige además, a favorecer o ayudar a las víctimas de la discriminación, que no son individuos o casos aislados, sino pertenecientes a ciertos grupos o categorías que se encuentran sistemáticamente en situación desventajosa. La tutela internacional frente a la discriminación responde así tanto a la injusticia del criterio de la diferenciación adoptado, como al resultado social que se derivaría de la admisión de discriminaciones.

La diferenciación de trato que se califica como discriminatoria presupone, en el plano social, una “victimización”, una marginación, una cierta exclusión social, que no sólo contradice la igual dignidad entre los hombres, sino que también produce una inestabilidad social al construir una sociedad sobre bases injustas y ello

población formando guetos separados, prohibición de matrimonios mixtos, expropiación de bienes, trabajo forzado y persecuciones, todo esto en atención a la pertenencia a un grupo racial determinado.

se recuerda en los Preámbulos de los pactos, al vincular la tutela discriminatoria con la paz a través de un orden social justo.

La tutela antidiscriminatoria en el plano internacional no se puede reducir a una mera imposición de igualdad de trato entre la víctima y el trato estándar, cuando de tal mandato no se derive el remediar o evitar la existencia de discriminaciones, o incluso si tal mandato puede servir para mantener situaciones discriminatorias preexistentes. Es claro que la normativa internacional ha tratado de eliminar las discriminaciones imponiendo una equiparación hacia la norma estándar, pero también impone medidas complementarias de protección y apoyo a las “víctimas” tendentes a reducir las discriminaciones. La razonabilidad, la no arbitrariedad, aparece de nuevo aquí al juzgar una diferencia de trato, pero ahora a la luz de la excepción a la regla general de parificación que aparece como instrumento de la tutela antidiscriminatoria.

La normativa internacional trata así de eliminar no sólo las discriminaciones “legales”, como la creación de normas o los actos de los poderes públicos, sino que considera como discriminadores a esos poderes públicos si toleran y admiten, de parte de los privados, conductas discriminatorias. Los sujetos activos de la discriminación prohibida, aparte de los poderes públicos, pueden serlo los sujetos privados y suprimir y evitar estas discriminaciones, aunque aquí los mecanismos para ello pueden ser distintos, forma parte también de la tutela antidiscriminatoria a la que se comprometen los Estados que aceptan estos Pactos y Convenios.¹⁰⁸

IV. MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN: VIOLACIÓN CUALIFICADA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La distinción de la operatividad propia del mandato antidiscriminatorio, con respecto al genérico principio de igualdad, supone adoptar un concepto restringido de “discriminación” según el cual

¹⁰⁸ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 111-113.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 129

ésta no equivale a simple desigualdad, incluso injusta, sino a un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cultural hasta afectar de manera gravemente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo.¹⁰⁹

Hasta ahora, la relación entre el principio de igualdad y la no discriminación se ha entendido bajo el supuesto de que el principio de igualdad se trata de un deber impuesto al legislador para que no discrimine ni en el contenido ni en el propósito de la norma, así como para el juzgador para que no lo haga al momento de su aplicación. Sin embargo, uno de los efectos más relevantes de la distinción entre el principio genérico de igualdad y el mandato de no discriminación, lo estableció el Tribunal Constitucional español en la sentencia 108/1989, del 8 de junio (Rubio Llorente), al mantener que el principio genérico de igualdad es sólo alegable frente a normas jurídicas mientras que las cláusulas específicas antidiscriminatorias serían también directamente aplicables a las relaciones entre particulares:

“...el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el a. 14 CE”.¹¹⁰

La distinción del mandato de no discriminación puede observarse también en la doctrina de la clasificación sospechosa, en donde la desigualdad jurídica de trato no vulnera, como se distin-

¹⁰⁹ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, nota 77, pp. 53 y 54.

¹¹⁰ Se refiere al Título I, Capítulo Segundo: Derechos y libertades, a. 14 de la Constitución española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

gue en la doctrina de la clasificación razonable, el sentido tradicional de la igualdad en el contenido de la norma, sino que, en la discriminación, la desigualdad jurídica se basa en uno de los criterios típicamente prohibidos,¹¹¹ tales como: el origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, o la orientación sexual, entre otros. De este modo, se entiende que la igualdad en el contenido de la norma y la prohibición de discriminación no son realidades fungibles y que debe ponerse especial énfasis en la precisión de los términos:

1. Las desigualdades no razonables, según el principio de igualdad en el contenido de la norma, podrían denominarse: discriminaciones en sentido amplio.
2. Las desigualdades que afecten a la prohibición de discriminación (como mandato constitucional) y se estimen no legítimas, podrían calificarse como discriminaciones en sentido estricto.

En otras palabras, el término “discriminación” tiene un significado amplio, como equivalente a toda infracción de la igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurra alguno de los criterios expresamente prohibidos.¹¹²

Como se puede constatar, aun siendo manifestaciones del mismo valor constitucional de igualdad, la prohibición específica de discriminaciones “en razón de” tiene rasgos distintivos respecto al

¹¹¹ Cabe adelantar, aunque se verá con más detalle, que la Constitución mexicana se inscribe en esta ideología al establecer en el párrafo tercero del artículo 1o. vigente:

“...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”.

¹¹² Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., nota 64, p. 56.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 131

principio general de igualdad de trato y de razonabilidad de las diferencias, tanto en lo que se refiere al contenido como al sentido, alcance y vinculabilidad de una y otro. Existe, por tanto, la posibilidad de diferenciar el sentido del mandato discriminatorio en distintos aspectos, a saber:

1. El principio de igualdad de trato es un límite referido sólo a la actuación de los poderes públicos, pero abarca a todos los campos y sujetos en los que puedan establecerse diferencias de trato cuya posible arbitrariedad se ponga en duda. Por otro lado, la prohibición de discriminación forma parte de la tutela de los derechos fundamentales y tiende a proteger a la persona humana como tal. La exigencia de no prevalecer discriminación alguna está estableciendo un programa más ambicioso, no limitado solamente al ámbito de lo público, sino incluyendo asimismo el campo de las relaciones privadas donde además, los fenómenos discriminatorios son más intensos y difíciles de detectar y corregir.
2. Mientras que en la mera igualdad son posibles todas las alternativas, salvo la irrazonable o arbitraria; en la no discriminación se impone un mandato de no discriminación, normalmente a través de una exigencia de paridad de trato que no deja en principio otra opción a los poderes públicos. Es decir, el principio de igualdad de trato respeta en sustancia la discrecionalidad, dentro de un amplio poder de decisión de los poderes públicos en la fijación de metas y de medios. La no discriminación, por su parte, trata precisamente de eliminar la discrecionalidad de los poderes públicos a través de prohibiciones concretas.
3. Las discriminaciones prohibidas presuponen cierta sistematicidad y son el resultado de una implícita o explícita regla jurídica o social: los actos discriminatorios siguen o anuncian a otros y el discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo o categoría social. La igualdad de trato hace referencia a situaciones genéricas, las razones de arbitrariedad pueden

ser muy variadas y heterogéneas y las situaciones de desigualdad arbitraria se dan en consecuencia, caso por caso y a la luz de una relación concreta de comparabilidad con otro sujeto respecto al cual se pretende una similitud de situaciones. Se considera, en consecuencia, sólo el elemento formal tomado en cuenta para hacer la diferenciación y únicamente en el momento de hacerla.

4. El principio de igualdad de trato supone jurídicamente la invalidez de los actos o reglas que supongan un tratamiento desigual arbitrario; la no discriminación, además de prohibir e invalidar los actos discriminatorios, tratará, porque ese es su alcance finalista, de remediar el problema, mediante medidas específicas que favorezcan y promuevan la integración e igualación de los individuos y grupos con los demás, eliminando situaciones fácticas de discriminación. Se trata, por un lado, de un límite muy concreto y supone, el no prevalecer, no sólo de los actos discriminatorios, sino también de las situaciones fácticas discriminatorias.¹¹³

Se trata, en suma, de un mismo principio: el de igualdad, que opera de diferente modo, en función de cuál sea el factor de diferenciación. Mientras existe violación al principio de igualdad en el contenido de la ley por la ausencia de razonabilidad, existe violación al derecho fundamental a no ser discriminado (en virtud del genérico principio de igualdad), cuando se incurre en la diferenciación partiendo de los criterios expresamente prohibidos. Es decir, mientras que el principio de igualdad en el contenido de la ley exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato, el mandato de no discriminación se constituye como el derecho fundamental a no ser discriminado.

No discriminación significa no sólo la supresión de actos o medidas discriminatorias, sino también, la ausencia de situaciones

¹¹³ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 156-166.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 133

discriminatorias objetivas consistentes en desigualdades de hecho entre individuos o grupos sobre la base de uno de los criterios prohibidos.

Puede deducirse que la prohibición de discriminación se inscribe como una manifestación más del principio genérico de igualdad. Esta vez, no se limita a los actos de los poderes públicos sino que también va dirigido a los particulares.

Por otro lado, debe hacerse notar que así como el principio de igualdad, en sus diversas perspectivas, el de no discriminación también evoluciona y adquiere matices cada vez más sofisticados. En principio, puede destacarse que la noción de discriminación, aparte de evolucionar con el tiempo y las circunstancias, es tributaria tanto de la materia a la que se aplica, como de la propia razón vedada en que se funde: no es exactamente igual la discriminación por sexo que la discriminación por raza y éstas son muy diferentes a su vez, de las discriminaciones por motivos religiosos.

La discriminación atiende a las consecuencias del acto discriminatorio y no sólo al punto de partida. El primer enfoque inscribe al mandato de no discriminación en un entramado de posibilidades abiertas que han logrado definirse a través de los distintos medios que se han elaborado para terminar con las discriminaciones de hecho y con el consecuente efecto de desigualdad real. Esto es así, porque la diferencia de trato en la discriminación tiene un resultado específico, del que la diferenciación ha sido el medio y que consiste en la creación de una situación discriminadora objetiva, que anula o menoscaba para el discriminado el goce de determinados derechos, ventajas o beneficios y que perjudica sus intereses y necesidades.

Es precisamente en función de ese resultado como debe juzgarse todo el fenómeno discriminatorio y es, a la vez, el que deja abierta la posibilidad de adopción de medidas positivas antidiscriminatorias, más allá de la mera parificación formal absoluta.

La importancia de ese resultado, por su parte, relativiza y flexibiliza el propio concepto de discriminación y a las formas de lucha contra ella, que habrán de adaptarse a las peculiaridades de-

rivadas, tanto del tipo de discriminación que se pretende eliminar (racial, religiosa, sexual, etcétera) como a la materia misma en que la discriminación se realice (en el ámbito del trabajo, de la educación, etcétera).¹¹⁴

Una vez que se identifican los grupos potencial y actualmente en desventaja, resulta congruente tomar cartas en el asunto. Cada manifestación del principio de igualdad es un logro alcanzado que abre nuevos cauces al evidenciar las tareas pendientes. La inserción del mandato específico de no discriminación, no es la excepción si se toma en cuenta que la identificación de los grupos más necesitados, es un primer paso para la puesta en marcha de acciones que disminuyan y eliminen tales situaciones de vulnerabilidad.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 172 y 173.