

Capítulo séptimo

IGUALDAD SUSTANCIAL	135
I. Igualdad formal e igualdad sustancial: características e implicaciones	137
II. Manifestaciones teóricas de la igualdad sustancial	142
1. Igualdad de oportunidades	142
2. Igualdad en los resultados	156
III. Manifestaciones prácticas de la igualdad sustancial	157
1. Igual satisfacción de las necesidades básicas . . .	158
2. Igualdad en la consecución de los logros personales y en los fines sociales	166

CAPÍTULO SÉPTIMO

IGUALDAD SUSTANCIAL

Equality makes noncircular commands and imposes non-empty constraints only to the degree that we are willing to posit substantive ideals to guide collective choice*

Laurence TRIBE

La tutela antidiscriminatoria de los grupos o personas minusvaloradas por los rasgos constitutivos de cláusulas específicas de no discriminación, no puede reducirse a facilitar el juicio sobre la constitucionalidad de la diferenciación (eso ya está previsto por la igualdad en el contenido de la ley). El legislador no sólo puede, sino que debe establecer acciones para eliminar la discriminación que él mismo ha señalado como especialmente “odiosa”. Estas acciones se traducirán, en algunos casos, en un mandato de parificación; pero en otros, por el contrario, habrán de consistir en diferenciaciones normativas favorables a los que están en una posición de desventaja y tendrán como objetivo eliminar la desigualdad material. La utilización del término discriminación; el sentido tajante en que se redacta la prohibición y la propia existencia del listado; junto a argumentos de derecho comparado y de la evolución histórica del principio de igualdad, son argumentos que ha-

* La igualdad no se traduce en mandatos tautológicos, ni impone obligaciones vacías cuando existe la determinación de guiar la voluntad general a través de ideales sustanciales. Tribe es citado por Chemerinsky, Erwin, “Equality”, *op. cit.*, nota 17, p. 263.

cen razonable llegar a esta conclusión.¹¹⁵ En efecto, el estadio más reciente en el recorrido de la igualdad a través del texto de las Constituciones más modernas se encuentra en el principio de igualdad sustancial, es decir, en el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la *igualdad en los hechos*, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir, la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa.¹¹⁶

La igualdad material es el último escalón en la evolución del principio de igualdad en el constitucionalismo del siglo XX. Para las Constituciones contemporáneas ya no es suficiente con garantizar la igualdad formal en las leyes. El principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos.

En los Estados Unidos, el principio de igualdad material no aparece en la letra de la Constitución. Su existencia se debe a lo señalado por el Tribunal Supremo respecto al principio de igualdad formal. Para el alto Tribunal estadounidense la búsqueda de la igualdad material es, en algunos casos, una finalidad constitucionalmente admisible justificadora de la diferencia en el trato. El Tribunal Supremo decidió que la Constitución americana permitía una diferencia en el trato basada en la igualdad material y es a partir de este momento cuando el principio de igualdad material, que no aparece en el texto constitucional, adquiere relevancia jurídica.

En las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial el principio de igualdad material aparece en la letra de las mismas como una excepción a la igualdad formal y como un mandato a los poderes del Estado de intervención en la sociedad. La introducción de este principio no es un dato aislado; se ubica dentro de la serie de decisiones jurídicas y políticas que alumbran una

¹¹⁵ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, *cit.*, nota 34, pp. 50 y 51.

¹¹⁶ Pérez Portilla, Karla, "Acciones positivas", en Carbonell, Miguel (coord.), *Anuario 2003 de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, op. cit.*, nota 11, pp. 2-5.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 137

nueva concepción de Estado: el Estado social y democrático de derecho. El Estado europeo de los últimos cincuenta años, el Estado intervencionista, protector, el *Welfare State*, tiene como fundamento principal el principio de igualdad material, que condiciona de forma decisiva el funcionamiento de la Administración.¹¹⁷

La igualdad sustancial, también llamada real, material o efectiva se entiende, en suma, como un peldaño más de la lucha por la igualdad. En esta ocasión, la igualdad sustancial proporciona al principio genérico de igualdad una perspectiva teleológica; en esto, encuentra la igualdad una mayor similitud con la equidad como un principio que atribuye a cada uno lo que le corresponde (justicia), ahora para corregir, completar o humanizar las normas jurídicas. La igualdad sustancial busca la eliminación de la oscuridad de las normas y toma en consideración a las personas a las cuales se aplica la norma. Es como poner un acento a la vieja sentencia de tratar las cosas desiguales de manera desigual. Se intenta atenuar las normas de derecho estrictas tomando en cuenta circunstancias particulares. Es atender a la intención más que a la forma.¹¹⁸ Conviene, por tanto, esclarecer algunas de las implicaciones “nuevas” de la igualdad ahora entendida como “igualdad sustancial” en relación con la ya conocida “igualdad formal”.

I. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD SUSTANCIAL: CARACTERÍSTICAS E IMPLICACIONES

Por igualdad formal entendemos las manifestaciones del principio que hasta ahora se han estudiado, a saber: igualdad ante la ley, igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación. Como se ha visto, una manifestación presupone a la otra formando un complejo entramado. Ocurre lo mismo con la igualdad sustancial, esta última

¹¹⁷ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, *cit.*, nota 34, p. 46.

¹¹⁸ Belloubet-Frier, Nicole, “Le principe d’égalité”, *op. cit.*, nota 32, p.160.

manifestación encuentra su punto de partida en la especial focalización jurídica frente y contra las discriminaciones en sentido estricto. Se pone de manifiesto en forma muy viva ciertas deficiencias de la clásica distinción entre la igualdad real y la igualdad formal o jurídica, que no es sólo marxista,¹¹⁹ ni tiene necesaria-

¹¹⁹ Para la igualdad “marxista”, hay que pensar en un Estado en que las relaciones en la sociedad se caracterizan por la ausencia de grupos privilegiados, en donde hay igualdad de oportunidades y todos disfrutan de las mismas condiciones materiales y culturales para satisfacer sus necesidades. El tipo y contenido de la igualdad social depende del sistema social en vigor. Históricamente hubo un retroceso, del comunismo primitivo, a la esclavitud, pero después, un progreso, del feudalismo al capitalismo y de éste al socialismo. En la sociedad capitalista, aunque en general existe igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, no hay igualdad económica dada la desigual distribución de la propiedad (privada), la falta de reparto de utilidades y la insuficiencia de los programas de bienestar social. La aproximación marxista a la igualdad social es más radical y sistemática porque hace hincapié tanto en la igualdad política como económica, así como entre la igualdad de derechos y de obligaciones. Los argumentos marxistas a favor de la igualdad social son como sigue:

1. La igualdad no es solamente un ideal sino también un elemento esencial del comunismo.
2. Una condición previa a la igualdad social es la abolición de la explotación del hombre por el hombre y la eliminación de las clases sociales a favor de una sociedad sin clases.
3. La redistribución de la riqueza y de las utilidades no asegura una igualdad social permanente por lo que la socialización (no la mera nacionalización) de los medios de producción es esencial.
4. En la transición del capitalismo al comunismo, la explotación del hombre por el hombre se elimina y el principio leninista del trabajo y la remuneración, “de cada uno de acuerdo con su capacidad a cada uno de acuerdo con su trabajo” se aplica.
5. En el comunismo el trabajo y el ingreso se basan en el principio marxista, “para cada uno de acuerdo con su capacidad, a cada uno de acuerdo con sus necesidades”. Las diferencias entre el trabajo manual y mental, entre el trabajo rural y urbano desaparecerán.

En consecuencia, habrá una sociedad igualitaria sin clases. Sin embargo, el marxismo rechaza el postulado del igualitarismo absoluto, aun en el comunismo pleno. El grado de igualdad social en los países socialistas hasta ahora es sorprendentemente bajo. La diferencia en el ingreso es muy grande y en cada Estado socialista ha surgido alguna elite privilegiada en uno u otro sentido. J. Wilczynski (ed.), *Encyclopedic Dictionary of Marxism, Socialism and Communism*, Inglaterra, de Gruyter, 1981, pp. 529-530.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 139

mente funciones críticas, sino que también puede ser usada en sentido conservador. Si el derecho es un instrumento que puede operar efectivamente en contra de las más indeseables y odiosas desigualdades, no existe contraposición tajante entre la igualdad real (sustancial) y la jurídica (formal).¹²⁰

Algunos señalan tensiones entre la concepción formal o clásica del principio y su manifestación actual como igualdad efectiva. Las posibles tensiones radican en el entendido de que quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de *iure*, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica. Se consideran modalidades tendencialmente contradictorias porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los prohibidos.

Sin embargo, lejos de ser un mecanismo ideológico en el doble sentido peyorativo de la expresión, como encubrimiento y como engaño, la igualdad jurídica ni está necesariamente en contradicción con la igualdad real, ni es por fuerza un obstáculo para realizarla. Esto es así, porque el mandato de no discriminación que en principio sería la barrera formal a la igualdad sustancial, debe entenderse por lo menos en dos sentidos:

1. No significa que se excluya por completo o con carácter general toda posible distinción normativa, sino aquella que se considere discriminatoria (en su sentido peyorativo). Es más, razones de igualdad sustancial pueden militar a favor de la desigualdad jurídica y entonces cabe que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación.
2. No significa tampoco que pueda exigirse un tratamiento distinto, como si se tratase de una obligación emanada de la

¹²⁰ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, nota 77, pp. 75 y 76.

situación de vulnerabilidad prevista normativamente a través del mandato de no discriminación; aunque un tratamiento diferente puede venir impuesto, pero tendrá que ser también normativamente, es decir, con base jurídica, dado que no existe un criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación.¹²¹

Por otro lado, es también de destacarse que la igualdad jurídica (formal), al fijarse sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede aplicarse con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho. Cuando se persigue la igualdad sustancial, ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación serán capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el ámbito vital que se considere relevante.

Prieto Sanchís proporciona un buen ejemplo en este sentido: “si el Estado decide que un cierto grupo de niños obtenga educación gratuita atendiendo a su renta familiar, el juicio de igualdad formal (ante la ley, en la aplicación de la ley y en el contenido de la ley) no necesita plantearse si con tal medida se limita la desigualdad entre niños pobres y ricos, sino sólo si han quedado indebidamente excluidos algunos niños; en cambio, el juicio de igualdad sustancial no puede dejar de considerar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la norma en relación con las situaciones de hecho y a la luz del fin perseguido, esto es, de limitar la desigualdad entre ricos y pobres en materia educativa”.

El criterio clasificatorio del legislador es la renta familiar y la igualdad sustancial exige justificar que precisamente ese criterio que introduce desigualdades normativas es en sí mismo razonable para obtener igualdades de hecho.¹²²

¹²¹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, pp. 37 y 38.

¹²² Cfr. *Ibidem*, p. 31.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 141

En síntesis, la concepción liberal de la igualdad formal se basa en la firmeza (en ser consistentes, en actuar en un mismo sentido y ser congruentes), los iguales deben ser tratados igual.

El concepto de congruencia o firmeza utilizado en los ordenamientos jurídicos entabla una noción de justicia procedimental que no garantiza ningún resultado en particular. Por tanto, no hay violación al principio de igualdad cuando un patrón trata, por ejemplo a hombres y mujeres igual de mal, o si acosa sexualmente tanto a hombres como a mujeres y en la misma medida. El derecho al igual tratamiento puede satisfacerse privando a las personas que se comparan del beneficio que piden en particular (nivelando en sentido negativo) así como también asignando a ambas el beneficio (nivelando en sentido positivo).

Por otro lado, también es importante considerar, que el requisito de la igualdad formal en cuanto a la elección del parámetro de comparación como determinante a la hora de decidir el derecho, es insuficiente en los hechos dado que es imposible; por ejemplo, que una mujer alcance una igual remuneración por un trabajo de igual valor si no hay en el establecimiento laboral un hombre con quien comparar o no hay algún otro establecimiento del mismo patrón con condiciones de empleo semejantes.

Otro ejemplo de la insuficiencia de la comparación para los juicios de igualdad es que la necesidad de un sujeto para comparar resulta desfasada de la realidad cuando se trata de equidad de género y prestaciones por maternidad, por ejemplo.

Estos son algunos problemas que el principio de igualdad formal (procedimental) no resuelve (por lo menos teóricamente) y es, entre otras cosas, lo que ha llevado a la elaboración y desarrollo del concepto de igualdad sustancial.¹²³

En el derecho comparado, puede observarse el tratamiento que las distintas Constituciones dan al principio de igualdad. En algunos casos se establece a través de enunciados de igualdad formal:

¹²³ Barnard, Catherine y Hepple, Bob, "Substantive Equality", *Cambridge Law Journal*, Inglaterra, vol. 59, parte 3, noviembre de 2000, pp. 562-567.

ante la ley, en la aplicación de la ley y se pueden encontrar también mandatos de no discriminación. Por otro lado, suele encontrarse en algunos ordenamientos, cláusulas de igualdad sustancial o material a través de disposiciones que sugieren la obligación del Estado, a través de los poderes públicos, para que las condiciones de igualdad se demuestren en los hechos. El siguiente cuadro es una buena muestra de ello.

II. MANIFESTACIONES TEÓRICAS DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Pueden sugerirse por lo menos dos aproximaciones teóricas, a saber:

- a) Igualdad de oportunidades.
- b) Igualdad en los resultados.

1. *Igualdad de oportunidades*

El ejemplo de los competidores en una carrera sirve para evidenciar que no puede conseguirse la igualdad si se comienza la carrera desde diversos puntos de salida. De este modo, la aproximación a la igualdad sustancial desde la igualdad de oportunidades se dirigirá a igualar el punto de partida.

Hay que aclarar que la promoción de la igualdad de oportunidades puede reducirse a una mera obligación procedimental o bien, puede tener un carácter más sustancial. Desde el punto de vista procedimental involucra la remoción de los obstáculos o barreras; sin embargo, la sola permisión de la entrada a las mujeres u otras minorías a la fuerza de trabajo no garantiza en sí misma que más mujeres o miembros de otras minorías tendrán acceso al empleo efectivamente y sacarán así provecho de las oportunidades brindadas, dado que sus capacidades han sido limitadas por los efectos de la desventaja social.

Una aproximación más sustancial a la igualdad de oportunidades requeriría ciertas medidas especiales, tales como las acciones

IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD SUSTANCIAL. CUADRO COMPARATIVO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ¹²⁴

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
Alemania	3	1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos. El Estado fomenta la realización práctica de la igualdad de derechos de mujeres y hombres y actúa en orden a la remoción de las situaciones de desventaja existentes. 3. A nadie se podrá perjudicar o beneficiar por razón de su sexo, su origen familiar, su raza, su lengua, su procedencia nacional, su credo o de sus ideas religiosas o políticas. Las minusvalías no podrán constituir causa de discriminación para nadie.	Formal y sustancial
Austria	7	1. Todos los ciudadanos federales son iguales ante la ley. No se permitirán privilegios por nacimiento, sexo, estado, clase, ni confesión.	Formal
Bélgica	10 y 11	10. No existirá en el Estado ninguna distinción estamental. Los belgas son iguales ante la ley... 11. El disfrute de los derechos y libertades reconocidos a los belgas,	Formal y sustancial

¹²⁴ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, cit., nota 48, pp. 141-152. Cuadro realizado por José Carbonell para la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, México, mayo de 2001. José Carbonell se refiere a las disposiciones constitucionales como cláusulas, ya sea de tipo formal y/o material.

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
		deberá ser asegurado sin discriminación. Con este fin las leyes y decretos garantizarán especialmente los derechos y libertades de las minorías ideológicas y filosóficas.	
Bolivia	6	Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera.	Formal
Colombia	13	Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión pública o filosófica.	Formal
Dinamarca	70	Nadie podrá, por razón de su fe o de sus orígenes, ser privado del disfrute íntegro de sus derechos civiles y políticos...	Formal
Ecuador	23	Sin perjuicio de los derechos que reconocen otras disposiciones de esta Constitución y los instrumentos internacionales, el Estado reconocerá y garantizará los siguientes:	Formal

		(...) 3. La igualdad ante la ley. En consecuencia todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razón de edad, etnia, color, sexo, idioma, religión, filiación política, origen social, posición económica, nacimiento, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.	
El Salvador	3	Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.	Formal
España	9, 14, 40 y 41	9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 14. 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. 40.1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables	Formal y sustancial

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
		<p>para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.</p> <p>41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.</p>	
Finlandia	5	<p>Todos son iguales ante la ley. No se podrá tratar a una persona de forma diferente por causa de su sexo, edad, origen, lengua, religión, convicción, opinión, estado de salud o minusvalía o por otra razón que se refiera a su persona, sin que haya causa admisible. Se tratará a los niños como individuos iguales, y tendrán el derecho de influir en materias que les afecten, conforme a su grado de desarrollo. Se fomentará la igualdad entre los sexos en la actividad social y en la vida laboral conforme a lo establecido por la ley, especialmente en lo que se refiere a la determinación de sueldos y otras condiciones laborales.</p>	Formal y sustancial

Francia	1	Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. Respeta todas las creencias.	Formal
Grecia	4 y 25	4.1. Los griegos son iguales ante la ley. 4.2. Los hombres y las mujeres griegos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones. (...) 4.7. Ningún título de nobleza o de distinción se concederá ni reconocerá a los ciudadanos griegos. 25.1. Los derechos del hombre en tanto que individuo y miembro de la sociedad, estarán colocados bajo la garantía del Estado, cuyos órganos estarán obligados a garantizar su libre ejercicio. 25.2. El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre por el Estado, tendrá por objeto la realización del progreso social en libertad y con justicia.	Formal y sustancial
Holanda	1, 20 y 22	1. Todos aquellos que se hallen en los Países Bajos serán tratados de manera igual en las mismas circunstancias. No se permitirá ninguna discriminación fundada sobre la religión, las convicciones personales, las opiniones políticas, la raza, el sexo o cualquier otro motivo.	Formal y sustancial

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
		<p>20.1. Los poderes públicos asegurarán los medios de subsistencia de la población y el reparto de la riqueza.</p> <p>20.2. La ley regulará los derechos a la seguridad social.</p> <p>20.3. Los holandeses residentes en Holanda que no puedan cubrir sus necesidades, tendrán derecho a la asistencia de los poderes públicos en la forma establecida por la ley.</p> <p>22.1. Los poderes públicos tomarán medidas para promover la salud pública.</p> <p>22.2. Asimismo promoverán el acceso a la vivienda.</p> <p>22.3. Los poderes públicos crearán las condiciones propicias para el desarrollo social y cultural, así como la ocupación del tiempo libre.</p>	
Irlanda	40 y 45	<p>40.1. En tanto que personas humanas, todos los ciudadanos serán iguales ante la ley. Esto no significa que el Estado no preste en sus normas la debida atención a las diferencias de capacidad física y moral y de función social.</p> <p>45.1. El Estado se esforzará en promover el bienestar del pueblo entero asegurando y protegiendo con la mayor efectividad posible un orden social en el que la justicia y la caridad informen todas las instituciones de la vida nacional.</p>	Formal y sustancial

		<p>45.2. En particular el Estado tenderá, mediante su política, a asegurar:</p> <p>1. Que los ciudadanos (todos ellos, hombres y mujeres, que igualmente tienen derecho a medios adecuados de vida) puedan, a través de sus ocupaciones, encontrar medios de cubrir razonablemente sus necesidades nacionales.</p> <p>45.4.1. El Estado se compromete a salvaguardar con especial atención los intereses económicos de los sectores más débiles de la comunidad y cuando sea necesario a contribuir al apoyo a los enfermos, las viudas, huérfanos y ancianos.</p>	
Italia	3	<p>Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Corresponde la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.</p>	Formal y sustancial
Luxemburgo	11	<p>1. No habrá en el Estado distinción alguna basada en estamentos. 2. Los luxemburgueses son iguales ante la ley...</p>	Formal

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
México	1, 4, 12 y 13	<p>1. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> <p>(...)</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p> <p>4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...</p> <p>12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.</p> <p>13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y están fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero</p>	Formal

		los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá la autoridad civil que corresponda.	
Nicaragua	27	Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.	Formal
Panamá	19	No habrá fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.	Formal
Paraguay	88	De la no discriminación. No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición económica y preferencias políticas o sindicales.	Formal
Perú	2	2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.	Formal

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
Portugal	1, 9, 13, 69, 70, 71, 72 y 81	<p>1. Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.</p> <p>9. Son tareas fundamentales del Estado:</p> <p>d) Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales...</p> <p>13.1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.</p> <p>13.2. Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social.</p> <p>69.2. Los niños, particularmente los huérfanos y abandonados, tienen derecho a una especial protección de la sociedad y del Estado contra todas las formas de discriminación y de opresión y contra el ejercicio abusivo de la autoridad en la familia y en las demás instituciones.</p>	Formal y sustancial

		<p>70.1. Los jóvenes, sobre todo los jóvenes trabajadores, gozarán de protección especial para la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales...</p> <p>71.2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes... y a asumir el encargo de realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores.</p> <p>72.2. La política de la tercera edad engloba medidas de carácter económico, social y cultural tendentes a proporcionar a las personas mayores oportunidades de realización personal, a través de una participación activa en la vida de la comunidad.</p> <p>81. Corresponde prioritariamente al Estado en el ámbito económico y social:</p> <p>a) Promover el aumento del bienestar social y económico y de la calidad de vida del pueblo, en especial de las clases más desfavorecidas.</p> <p>b) Proceder a las necesarias correcciones de las desigualdades en la distribución de la riqueza y la renta...</p>	
--	--	--	--

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
Suecia	15 y 16	15. Ninguna disposición legal o reglamentaria podrá implicar que un ciudadano sea discriminado en razón de su raza, del color de la piel o de origen étnico si pertenece a una minoría. 16. A menos que constituya una contribución a los esfuerzos que tiendan a realizar la igualdad entre hombres y mujeres o que se refiera a obligaciones militares o a un servicio público obligatorio, ninguna disposición legal o reglamentaria podrá implicar que un ciudadano cualquiera sea discriminado por razón de sexo.	Formal y sustancial
Venezuela	61	No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.	Formal

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 155

positivas para compensar las desventajas de hecho.¹²⁵ Esto es así porque el principio de la igualdad de oportunidades se ocupa de la redistribución del acceso a las distintas posiciones de la sociedad, pero no de la distribución de las posiciones mismas. El problema consiste, pues, en acoplar personas con dotes desiguales a posiciones que rinden una remuneración o un poder o un prestigio desiguales. La solución consiste en hacerlos accesibles a todos de acuerdo con una base competitiva. La hipótesis consiste en que, si todos tienen un punto de partida igual, la posición que ocupen al final dependerá exclusivamente de la velocidad con que hayan corrido y de la distancia alcanzada.

El liberalismo clásico sostenía que la igualdad de oportunidades se podía llevar a cabo a través de una asignación igual de los derechos fundamentales “a la vida, a la libertad y a la propiedad”. Sólo si se eliminan los privilegios y se establece una igualdad de derechos no habrá ningún obstáculo en el camino de ninguno para que busque la felicidad con la habilidad que tiene para alcanzar la posición adecuada a su máxima capacidad.

Más tarde se dieron cuenta de que la igualdad de derecho no es suficiente para hacer accesibles, a los que socialmente están en desventaja, las oportunidades de que disponen los individuos socialmente privilegiados. Se necesitan distribuciones desiguales para llevar a los primeros a un nivel común de partida, o sea que se necesitan privilegios jurídicos y beneficios materiales para los no privilegiados económicamente.¹²⁶ Así, cuando se habla de igualdad de oportunidades se hace referencia a la igualdad en el punto de partida, no en el reparto definitivo de los bienes sociales, el cual dependerá de los méritos de cada persona concreta. Por lo tanto, las acciones del Estado que tratan de concretar el principio de igualdad de oportunidades se encaminan principalmente al cam-

¹²⁵ Barnard, Catherine y Hepple, Bob, “Substantive Equality”, *op. cit.*, nota 123, pp. 562-567.

¹²⁶ *Cfr.* Bobbio, Norberto, Matteuci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, 8a. ed., México, Siglo XXI editores, 1994, pp. 777-778.

po de la educación, la superación de cargas familiares en el caso de las mujeres, la concientización de la sociedad, etc. Es decir, a todo aquello que, suponiendo un esfuerzo en la consecución de la igualdad material, no se traduce en una igualación automática de los resultados.

2. *Igualdad en los resultados*

Aparentemente el tratamiento igual infringiría la meta de la igualdad sustancial si los resultados son desiguales. Este es un problema más que la igualdad formal no resuelve porque una aproximación que se dirige hacia los resultados debe dotar de un contenido sustancial a la igualdad, no como un mero procedimiento (de certeza o tautológico, como se ha visto). Una aproximación que se dirige hacia los resultados es aquella que define a la igualdad en términos de *fairness* (en un sentido de completitud, de lo justo, lo bueno, lo equitativo, lo favorable), es decir, de participación de todos los grupos en la fuerza de trabajo, en el acceso a la educación, en la capacitación y en facilidades para la adquisición de bienes y servicios. Todo esto a fin de superar la infrarrepresentación de los grupos desaventajados en la fuerza de trabajo y para asegurar una participación equitativa en la distribución de los bienes; para esto, pueden convertirse en esenciales algunas medidas para superar la desventaja.¹²⁷

Esta aproximación es una evidencia más de que hay problemas que la igualdad formal no resuelve. Por ejemplo, hay desigualdades que en términos de igualdad formal no pueden probarse, como cuando no existe un parámetro de comparación o cuando no hay una práctica excluyente, no puede probarse siquiera una discriminación indirecta y por tanto, no hay violación al mandato de no discriminación ni al principio de igualdad, en general. Es más, aun

¹²⁷ Barnard, Catherine y Hepple, Bob, “Substantive Equality”, *op. cit.*, nota 123, p. 567.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 157

si pudiera probarse una discriminación indirecta, la respuesta sería una compensación y no un deber de remover las prácticas perjudiciales o de proporcionar los bienes de los que se carece y que se manifiestan en una notoria desigualdad de hecho.

Por ejemplo, un derecho consignado en la Constitución mexicana que tiene que ver más con la igualdad sustancial y con situaciones de hecho que con un juicio de mera igualdad dependiente de un parámetro de comparación determinado, se encuentra en el artículo 123 de la Constitución, fracción V. “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos”.

Un primer resultado es que la igualdad (sustancial) significa más que tratar de la misma manera a las personas. La igualdad sustancial requiere además, de medidas especiales y del acomodo de las diferencias.

III. MANIFESTACIONES PRÁCTICAS DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Pueden sugerirse dos aproximaciones prácticas:

- a) Igual satisfacción de las necesidades básicas, dirigida principalmente al combate a la pobreza.
- b) Igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales, en donde se busca romper con un pasado (y un presente también) desigualitario y minusvalorador de ciertos rasgos.

1. *Igual satisfacción de las necesidades básicas*

El principio de la nivelación de las oportunidades está relacionado con otro principio de nivelación: la igual satisfacción de las necesidades básicas. Mientras las necesidades personales varían en género y medida, hay un mínimo de necesidades fundamentales que son sustancialmente idénticas para todos, en una determinada sociedad y en un determinado tiempo. De algún modo las personas son desiguales respecto de sus necesidades fundamentales *no satisfechas* y por tanto, sería necesaria una distribución desigual de los recursos para nivelar los beneficios en los casos de necesidad desigual. Cuanto mayor es la necesidad fundamental no satisfecha de algunos, tanto mayores son los beneficios que recibe. Aquellos cuyas necesidades fundamentales ya están casi satisfechas pueden no recibir nada y tal vez deban renunciar a alguna cosa superflua para proveer a las necesidades de los demás. El resultado final de esta distribución desigual es una mayor nivelación de la riqueza y de las oportunidades. Por lo menos teóricamente le impone a la sociedad y especialmente al gobierno, el deber de satisfacer todas las necesidades de cada uno por desiguales que puedan ser en género y en grado.¹²⁸

Esta primera aproximación práctica a la igualdad sustancial está evidentemente relacionada con la desigualdad social como producto de la pobreza. Basten algunos datos para evidenciar las desigualdades en este sentido: uno de cada tres niños menores de cinco años sufre malnutrición; dos mil millones de personas, es decir, un tercio de la humanidad, sufre de anemia; de los 4,500 millones de personas que viven en los países en vías de desarrollo, un tercio no tiene acceso a agua potable, mientras que las 15 personas más ricas del mundo tienen una renta superior al producto interno bruto de toda el África subsahariana.¹²⁹ Los datos son además de inso-

¹²⁸ Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, cit., nota 126, p. 778.

¹²⁹ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, op. cit., nota 48, p. 59 y ss. El autor se vale de datos estadísticos que van de 1999 a 2001.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 159

portables, infinitos y cada vez más aterradores. Se trata, en suma, de desigualdades materiales que el derecho no ha podido superar.

La igualdad sustancial no está contemplada explícitamente a manera de mandato constitucional en todos los ordenamientos. Se trataría, en caso de su interpretación y aplicación por parte de los jueces, de una intromisión en la actividad del legislativo. Sin embargo, sí existen en muchos ordenamientos mandatos específicos y/o decisiones constitucionales a favor de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho; por ejemplo, el derecho a la salud, a través de los sistemas establecidos en las leyes respectivas; el derecho a la educación; la asistencia de un abogado de oficio, etc. En efecto, pueden encontrarse manifestaciones de la igualdad material en algunos derechos. Se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles, sin necesidad de invocar una exigencia de igualdad sustancial, dado que el derecho de todos a la educación presenta una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad. Así también, en los casos en que se proporciona un defensor de oficio, se está aportando asistencia para evitar una situación de indefensión. De este modo, la tutela del debido proceso, aunque no genera un derecho fundamental al asesoramiento gratuito de un abogado, es un reflejo de la atención a una desigualdad de hecho siempre que por su situación económica no puede el inculpado nombrar alguno. Estos datos son evidencia de que la Constitución ofrece la posibilidad de proporcionar algunas prestaciones a ciertos destinatarios; si esto es así, queda abierta la posibilidad de extender el beneficio a otros bienes para algunos otros sujetos.

Como se ha visto, opera de un modo muy distinto a como lo hace la igualdad formal. Esta última se traduce en una exigencia negativa, al limitarse a declarar que una ley, una sentencia o una decisión es violatoria del principio de igualdad. Desempeña normalmente, una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento. En cambio, reconocer que

alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material, implica una labor positiva, propiamente normativa, dado que debe haber una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.¹³⁰

Igualdad sustancial y derechos prestacionales

La igualdad sustancial o de hecho puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico a favor de las prestaciones. Esta forma de entender la igualdad está presente o se conecta a cada uno de los rasgos característicos de los derechos sociales; por ejemplo, el establecimiento de desigualdades jurídicas para crear igualdad de hecho se manifiesta en la garantía de derechos tales como la salud, vivienda, educación, trabajo, derechos todos estos que suelen entenderse como prestaciones en el sentido de que implican más que una mera abstención, un quehacer por parte del Estado pero también de parte de los particulares. A manera de síntesis, son características de los derechos sociales las siguientes:

1. Los derechos sociales lo son del hombre concreto, es decir, del trabajador, del joven, del anciano, etc.
2. Los derechos sociales no pueden definirse sin justificarse, sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades y, por ello, tampoco son concebibles universales en el sentido de que interesan por igual a todo miembro de la familia humana ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales, es decir, las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico privadas es desigual.

¹³⁰ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, pp. 42-44.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 161

3. Los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada.¹³¹
4. Los derechos sociales requieren un entramado de normas de organización, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.
5. Su punto de partida es la desigual distribución de la riqueza y de la propiedad, que impide que muchas personas puedan satisfacer por sí mismas las necesidades básicas. Esta situación les puede dificultar seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo y, en consecuencia, el utilizar y disfrutar plenamente los derechos individuales civiles y políticos.
6. Desde el punto de vista de la legitimidad política y ética de todo ordenamiento jurídico, representan una suerte de punta de lanza y entrañan retos mayores para los operadores constitucionales en la medida en que inciden sobre el modelo socioeconómico.
7. Pese a la relevancia institucional y social de la constitucionalidad de estos derechos se opone una llamativa pobreza en el desarrollo de los mecanismos de protección de los mismos, lo que a su vez suele traducirse en una actitud confusa o resignada de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de explicar o de ocultar dicha carencia.
8. La satisfacción de los derechos sociales depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado.¹³²

¹³¹ *Ibidem*, pp. 30-31.

¹³² En efecto, dependen de los recursos con que cuente el Estado; sin embargo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, establece metas y obligaciones muy concretas de las que los Estados parte no se pueden deslindar. Así por ejemplo, la progresividad de la efectividad de estos derechos no significa la posibilidad de cruzarse de brazos sino de tomar medi-

De las notas esbozadas anteriormente como características de los derechos sociales se concluye que éstos son derechos prestacionales por su contenido obligacional que consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener del mercado si tuviera medios suficientes para ello. Se trata de derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si entrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares.¹³³

La progresividad de su cumplimiento y el contenido económico que comporta cualquier prestación es en buena medida lo que los ha condicionado a la reserva de lo económicamente posible. Esta percepción ha llevado a considerar a los derechos sociales como meras exhortaciones o declaraciones de buenas intenciones; sin embargo, se trata de un argumento débil y carente de toda legitimidad, en la medida en que se trata de derechos fundamentales esenciales, sin los cuales no se está en condiciones de desarrollar los demás derechos de los que se pueda ser titular.

Por otro lado, las obligaciones positivas no necesariamente implican la obligación de disponer de fondos. El Estado puede asegurar la satisfacción de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados. Algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino con el establecimiento de normas que conce-

das —de inmediato— que permitan su cumplimiento así sea de manera paulatina. Ver Observación General núm. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados partes”, en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, vol. I, *op. cit.*, nota 14, pp. 497 y ss.

¹³³ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *cit.*, nota 2, p. 69.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 163

dan relevancia a una situación determinada, o bien, con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada.¹³⁴ En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de

¹³⁴ En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de ese derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y a la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia. Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición. Aun más, la sola creación de una norma permisiva que faculte a celebrar un acto de creación o de incorporación a una institución, verbigracia, de una norma que establezca los requisitos para casarse, para crear un sindicato, una asociación o un partido político, para presentarse como candidato a un cargo, para requerir información pública a los poderes del Estado, etc., resultaría insuficiente para satisfacer plenamente a los derechos a los que alude. La satisfacción de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas —por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.—, de prohibiciones para el Estado —por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien, la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio— o incluso de mandatos para el Estado —obligación del reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales—. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, *Ibidem*, pp. 150-151.

algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica.¹³⁵ Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones.¹³⁶

¹³⁵ Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etcétera, tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados. En otros casos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo de promover o favorecer el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se circunscriben sólo al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, a favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona “el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros, y no sólo al propio Estado. *Ibidem*, pp. 151 y 152.

¹³⁶ Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público —por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor de oficio, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular—, la organización del sistema educativo público, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura —por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 165

Cuando se involucra a los particulares, el derecho de propiedad resulta en principio vulnerado. Sin embargo, en un ordenamiento que procura minimizar los poderes, incluso privados, para maximizar la igualdad de los individuos tampoco la propiedad privada puede concebirse como un derecho absoluto. Un derecho de propiedad blindado sólo sirve para reforzar los privilegios de los ya propietarios y para reproducir las desigualdades sociales ilegítimas. Por el contrario, un constitucionalismo democrático debe garantizar la fundamentalidad, no tanto de un derecho de propiedad, como de un igualitario derecho a la propiedad, que permita remover los obstáculos que impiden el acceso de todos a ciertos recursos básicos indispensables para ejercer la autonomía personal.¹³⁷

Numerosos derechos prestacionales son, como se aprecia, expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer a favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas. Más claramente aún, la construcción de la igualdad de hecho sólo tiene presente al hombre concreto, que es el único que puede sufrir una desigualdad fáctica; pues, si no fuera así, si tuviese presente al “hombre abstracto”, ninguna desigualdad jurídica podría justificarse; a su vez, la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación.¹³⁸

estructura de empleo—, la gestión pública de créditos diferenciales —por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda—, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etcétera. *Idem*.

¹³⁷ Pisarello, Gerardo, “Derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en *ibidem*, p. 124. Pisarello reenvía a Ferrajoli quien excluye el derecho de propiedad del catálogo de derechos fundamentales y critica: “la imperdonable contaminación que bajo la ambigua categoría del ‘derecho subjetivo’ ha sido realizada por la doctrina tradicional”, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, pp. 263 y ss.

¹³⁸ Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, p. 30.

En síntesis, a partir del principio constitucional de igualdad cabe postular un trato desigual de las diferencias; esto es, un tratamiento jurídico diferente en lo normativo que persiga una igualdad sustancial en las consecuencias. Es verdad que la construcción de igualdades de hecho mediante diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se consigue sólo mediante prestaciones, pero también es cierto que las prestaciones en sentido estricto, tal y como aquí han sido perfiladas, sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica.¹³⁹

2. *Igualdad en la consecución de los logros personales y en los fines sociales*

Esta segunda modalidad práctica de la igualdad sustancial tiene que ver con la ruptura de ciertos cánones y pautas de conducta que han orientado históricamente la asignación, sobre todo, de puestos de liderazgo, excluyendo a determinadas personas por portar determinadas características. Estos rasgos con frecuencia suelen ser la raza y el sexo. En efecto, se observa una subrepresentación de estos “grupos” en los altos mandos. En buena medida, se debe a un “estigma” que pesa sobre ellos. Se les ha considerado inferiores y por tanto no aptos. Esta exclusión disminuye la igual dignidad social de las personas, impidiéndoles a veces no sólo de hecho, sino de derecho, el acceso a ciertos puestos y lugares (escasos) en la sociedad.

La participación en estos lugares (puestos políticos, acceso a universidades, puestos laborales de dirección y mejor remunerados) no es la meta particular. El alcance de la igualdad sustancial es mucho más sutil y sofisticado: la pretensión es la pluralidad y la representación de todos los grupos en todos los niveles. No quiere decirse que sean puestos especialmente valiosos sino que se trata de alcanzar una participación igual en un sistema que pretende eliminar todo dejo de exclusión por motivos discriminatorios. Es evidente que no hay una separación tajante entre lo que se ha

¹³⁹ *Ibidem*, p. 29.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 167

comentado sobre la pobreza y los rasgos discriminatorios como criterios prohibidos; por el contrario, existe una estrecha relación entre la minusvaloración de ciertas personas —en específico de las mujeres y de las minorías raciales— con la pobreza, precisamente como producto de criterios discriminatorios.

Para combatir este tipo de rezago social, se ha implementado lo que en español es mejor conocido como “acciones positivas”. Este tipo de medidas, son un arma bastante polémica a favor de la igualdad sustancial en la dignidad y en la participación activa de todos los miembros de la sociedad.

Acciones positivas: origen, método y resultados

El origen de las acciones positivas se sitúa en el sistema jurídico norteamericano a raíz de la discriminación racial y sexual en los Estados Unidos.¹⁴⁰ Su historia es la de la lucha por los derechos

¹⁴⁰ La expresión “affirmative action” apareció por primera vez en *el New Deal Wagner Act* de 1935; se le definió como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*) de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica. Las acciones positivas se emprendieron originalmente durante la administración del presidente Lyndon Johnson a fin de incrementar las oportunidades de los negros al tiempo que la legislación sobre derechos civiles se encargaba de dismantelar las disposiciones discriminatorias. El gobierno federal institucionalizó las políticas en el marco de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*). Se prohibió que las empresas que recibieran fondos públicos utilizaran criterios de selección que resultaran en discriminaciones racistas. Para el monitoreo de los programas de acciones positivas se recurrió a las instituciones laborales *Office of Federal Contract Compliance* y la *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*. Subsecuentemente, las acciones positivas se hicieron extensivas a las mujeres, a los nativos americanos, a los hispanos y a otras minorías. Asimismo, se extendieron de las empresas hacia las escuelas y universidades. Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *op. cit.*, nota 116, pp. 2 y 3. Ver también, González Martín, Nuria, “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 89-110.

civiles y su punto de partida fue el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres. Surgieron como un esfuerzo por mejorar las oportunidades educativas y de empleo básicamente enfocadas a las minorías y a las mujeres. Consisten en políticas, programas y procedimientos que dan preferencia en la contratación, admisión a instituciones de estudios superiores, licitaciones públicas y otras asignaciones y prestaciones públicas.

A la fecha no existe consenso, ni teórico ni práctico en cuanto a la conceptualización y a la aplicación de las acciones positivas. Suelen usarse como sinónimos las nociones de acciones positivas, medidas de igualdad de oportunidades, discriminación positiva y discriminación inversa.¹⁴¹ En el ámbito norteamericano continúa una ardua polémica entre términos que aparentemente pueden parecer sinónimos, como discriminación positiva y discriminación inversa. Un sector doctrinal diferencia:

- a) Acciones afirmativas (*affirmative action*) o acciones positivas (*positive action*).

¹⁴¹ La noción de discriminación inversa suele utilizarse para referirse al tipo de acciones que favorecen a un grupo desaventajado sobre otro. Se utiliza en algunos casos sin ningún contenido descalificatorio para referirse a las medidas de acción positiva. Sin embargo, los detractores de este tipo de estrategias para conseguir la igualdad sustancial, hacen uso de la expresión, para enjuiciar negativamente determinadas prácticas que, en principio, lo que pretenden es, precisamente, eliminar la desigualdad de determinados grupos. No se acierta a ver otra que las connotaciones negativas que la palabra “discriminación” tiene en el contexto jurídico. Como se ha visto, “discriminar” tiene también un significado neutro según el cual dicha palabra significaría simplemente “diferenciar”, pero no es éste el significado que tiene en la cultura jurídica y menos en el ámbito de un derecho antidiscriminatorio. De ahí que la utilización de la palabra “discriminación” para hacer referencia a una política de resultados resulte, además de un uso impropio en el contexto jurídico, un uso tendencioso del lenguaje. Cuando se habla de este modo se hace hincapié en el pretendido carácter injusto de esas medidas, primero porque, efectivamente diferencian (y las diferencias se ven con recelo en un derecho pretendidamente igualitario) pero, sobre todo, porque se considera que rompen con el principio de igualdad de oportunidades. Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio...”, *op. cit.*, nota 82, pp. 158 y 159.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 169

- b) Discriminación favorable; discriminación adversa, discriminación inversa o benigna (*reverse o benign discrimination*) o cuotas benignas.

Otro, en cambio, parece distinguir:

- a) *Benign Discrimination* (lícita).
- b) *Reverse Discrimination* (impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables).

En el ámbito del derecho comunitario europeo, el problema se encuentra fundamentalmente en la no idoneidad o adecuación de tales términos, tal y como se concibieron en los Estados Unidos de América, a la realidad europea.

En Europa, hay una frontera tenue entre discriminación inversa y acciones positivas en el sentido de que no tiene la misma legitimación social:

- a) Establecer una reserva de plazas para la admisión de minorías, permitiendo a los estudiantes de esas minorías entrar con pruebas menos exigentes que las aplicadas a los blancos (discriminación inversa).
- b) El supuesto de que, ante los mismos resultados de las pruebas de acceso, se dé prioridad a la entrada de los miembros de las minorías (acción positiva).¹⁴²

Pese a todas estas distinciones, es una característica común a todos los enfoques de las acciones positivas la búsqueda de la igualdad material o sustancial en el sentido de que se pretende reconocer y acomodar las diferencias en orden a neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades para la consecución de los

¹⁴² Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, *Jueces para la democracia*, España, núm. 41, julio de 2001, p. 54.

logros personales. Las acciones positivas pueden definirse en términos generales como: el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios.

Las acciones positivas van dirigidas a colectivos y tratan de invertir la situación de desigualdad material en la que se encuentran. Estos grupos deben contar con rasgos que, por su propia naturaleza, no reflejen ninguna inferioridad desde una perspectiva individual, sino que vinculen al beneficiado con un colectivo socialmente discriminado. Por ejemplo, ser mujer, aisladamente considerado, no supone inferioridad alguna respecto del resto de los ciudadanos. Sin embargo, la discriminación que la sociedad ejerce sobre el colectivo mujeres, hace que las medidas a favor de las mismas sean necesarias, no porque traten de compensar un rasgo que supone por sí solo una desventaja individual, sino porque ayudan a reequilibrar la situación de desventaja social del colectivo mujeres.¹⁴³

Son rasgos que, de no mediar la minusvaloración de la sociedad, no determinarían posición alguna de inferioridad de las personas que los comparten. Las acciones positivas reúnen en términos generales las siguientes características:

1. Temporalidad: en el momento en el que el colectivo en cuestión supera la situación de inferioridad social a la que se le somete, deben suspenderse porque el objetivo es superar la desigualdad material basada en determinados rasgos.
2. Los rasgos que dan lugar a las acciones positivas deben ser transparentes e inmodificables: se trata de superar la marginación social de la persona por la relación que, de manera involuntaria y permanente, mantiene con el resto de la socie-

¹⁴³ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, op. cit., nota 34, pp. 55 y ss.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 171

dad, por el rasgo minusvalorado que comparte con todos los miembros de su grupo. Son rasgos que facilitan identificar a la persona cuando se le discrimina; por tanto, la acción se dirige a la eliminación de un estigma.

3. La finalidad debe ser proporcional: la finalidad ha de guardar proporcionalidad con los medios a utilizar y con las consecuencias jurídicas de la diferenciación. El trato desigual debe ser estrictamente ajustado, esto es, los beneficios de la medida han de ser alcanzados sin perjudicar gravemente a terceros excluidos del trato preferente. Esta meta es particularmente difícil. Por un lado, pueden tomarse medidas “moderadas” como la educación no sexista, la creación de comisiones de igualdad en las empresas, etc. Son medidas que remueven obstáculos fundamentalmente históricos, pero sin implicar un impedimento de acceso a los individuos que no forman parte del colectivo beneficiado aunque sí representan un obstáculo que antes de la aplicación de la medida no existía. Las medidas moderadas no son tan efectivas como el establecimiento de cuotas fijas reservadas,¹⁴⁴ para estas últimas, la proporcionalidad estará dada por la temporalidad de la medida.

Con la implantación de las acciones positivas se busca la igualdad de oportunidades y de resultados a través de la superación del estado de minusvaloración. Un primer presupuesto que legitime a nivel constitucional la implantación de acciones positivas debe verse reflejado por lo menos a través de dos condiciones:

¹⁴⁴ Existe una tendencia tanto en Estados Unidos como en Europa a distinguir entre objetivos flexibles (*goals*) y cuotas rígidas (*quotas*); sin embargo, los objetivos finales de una acción positiva no son significativamente distintos de los de las cuotas, en cuanto que ambos se refieren al porcentaje de miembros de diversos grupos incluidos en virtud de la puesta en marcha de una determinada acción. Se trata de lugares reservados o preferentes. Debe recordarse que un objetivo principal es que los grupos discriminados dejen de estar subrepresentados y para ello habrá de realizarse un estudio que determine si la meta se cumplió. Es por ello que son necesarios los números. Ballesteros, Ma. Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996, p. 92.

1. Presunción de que la discriminación se verifica en la realidad (a través de mandatos específicos de no discriminación).
2. Inclusión constitucional de una cláusula específica de igualdad material o sustancial.

Es necesario un mandato que establezca que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas. Debe ser así, en principio, porque las medidas de acción positiva operan en un doble sentido. Por un lado, consisten en remover obstáculos y por otro, deben promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en atención a la función social y prestacional del derecho y del Estado. Es decir, el ordenamiento jurídico debe instalarse en una posición política que permita la igualdad sustancial a través de decisiones concretas.

Las acciones positivas son una herramienta particularmente polémica. El caso de los Estados Unidos es de referencia obligada por su experiencia, particularmente en el plano racial, dado que en este país tienen su origen y se pueden apreciar de mejor manera los resultados. Algunos piensan que las cuotas no son efectivas y que además son traicioneras porque el trato preferencial refuerza el complejo de inferioridad que los grupos en desventaja ya tienen. Algunos otros hacen una objeción más general y argumentan que cualquier discriminación racial, aun con el propósito de beneficiar a las minorías, las dañaría porque el prejuicio permanece siempre que se toleren las distinciones sea cual sea su propósito. En el mismo sentido, se argumenta que aun si la discriminación inversa beneficiara a las minorías y redujera el prejuicio a largo plazo, estaría mal de cualquier forma porque las distinciones raciales son inherentemente injustas. Son injustas porque violan los derechos de miembros individuales de los grupos no favorecidos.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 224.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 173

Ronald Dworkin combate estos argumentos valiéndose del estudio estadístico realizado por William G. Bowen y Derek Bok “*The Shape of the River*”.¹⁴⁶ Bowen fue presidente de la Universidad de Princeton y Derek Bok el anterior presidente de Harvard. Ellos analizan una enorme base de datos con registros, llamada *C&B data base (College and Beyond)*, misma que fue compilada por la Fundación *Mellon*, de la cual Bowen es el presidente. Este estudio proporciona evidencia sobre los resultados de la implementación de las acciones positivas en la admisión a distintas universidades de los Estados Unidos desde hace treinta años. Debe recordarse que en este país, la discriminación racial ha sido el motor de la igualdad y es por ello que el criterio racial es el que ha sido estudiado en mayor medida.

Dworkin hace una serie de cuestionamientos que podrían poner en jaque a las acciones positivas como un instrumento básicamente injusto, al tiempo que les da respuesta con evidencias que difícilmente pueden ser superadas. Las opiniones de quienes han vivido de cerca la implementación de este tipo de medidas arrojan resultados sorprendentes. Por ejemplo, la interacción racial produjo, no sólo beneficios para los negros en tanto que elevaron su nivel de vida, expectativas, ingresos y representatividad en los puestos de liderazgo, sino que contribuyeron a elevar los propios de los blancos. Otro dato por demás revelador es que los estudiantes blancos que no fueron admitidos y de quienes se esperaba que culparan a las cuotas reservadas y a la preferencia racial, no son quienes se oponen en mayor medida a las acciones positivas y a la diversidad racial en las universidades, sino que están a la par con los estudiantes más destacados. Es decir, no hay una diferencia significativa entre los que desapruaban las medidas por verse desfavorecidos

¹⁴⁶ Bowen, William G. y Bok, Derek, *The Shape of the River: Long Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 1998. Citado por Dworkin en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2000, p. 495.

y los que logran el acceso. De hecho, a pesar de que los casos llevados a la Corte¹⁴⁷ se utilizan habitualmente como ejemplos para desacreditar este tipo de medidas, debe destacarse que son relativamente pocos. Además, en la opinión de los negros egresados, la mayoría no se siente agredida o insultada por las medidas sino que se muestra agradecida por el énfasis en la diversidad en las universidades.

Una cuestión más, a favor de las acciones positivas, tiene que ver con la legitimidad de los fines perseguidos. No se trata únicamente de beneficiar a individuos por el grupo en el que se integran, sino de cumplir con las metas que la propia institución se ha propuesto, así como los fines que persigue la sociedad en su conjunto, y por eso pueden y deben escoger a sus estudiantes sobre las bases más convenientes. Dworkin puntualiza al respecto: “We

¹⁴⁷ A manera de ejemplo, puede tomarse el siguiente: el caso paradigmático es *University of California vs. Bakke* (1978). En la Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis, se reservaban 16 de cada 100 asientos para personas pertenecientes a minorías desfavorecidas desde el punto de vista económico y cultural. Ese plan se instrumentó porque cuando la facultad se creó en 1968, no ingresó ningún estudiante negro ni hispano; al año siguiente, sólo entraron dos negros y un hispano; consecuentemente, en 1970, el Consejo de la Universidad decidió implementar un plan para estudiantes “*Economically or Educationally Disadvantages*”. Allan Bakke, de raza blanca, ingeniero de la Nasa, no pudo ingresar a la Facultad porque su puntaje era insuficiente frente a otros sujetos del grupo ordinario pero estaba muy por encima de las notas de los 16 que integraban el grupo reservado. La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió del siguiente modo: confirmó la sentencia (5 a 4) ordenando a la Universidad a incorporar a Bakke y anuló la sentencia también por (5 a 4) en cuanto prohibía en general, utilizar criterios raciales para el ingreso a la universidad. El resultado fue una notable ausencia de unanimidad en donde no se admite la existencia de cuotas fijas para las minorías que desean aplicar para la escuela de medicina si esto implica que se niegue el derecho a los aplicantes blancos de competir por esos lugares. Se escogió este caso porque es citado con mucha frecuencia y porque sigue vigente el principio que justifica la sensibilidad racial en las políticas de admisión a las universidades para asegurar la diversidad en el estudiantado. La Corte Suprema señaló que las admisiones basadas en criterios raciales no violaban la enmienda catorce, siempre que los planes no manejan cuotas fijas para alguna raza o grupo en particular, pero que sí podían tomar en cuenta a la raza entre otros factores. Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *op. cit.*, nota 116, pp. 2 y 3. Ver también, Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *cit.*, nota 146, pp. 386 y 387.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 175

expect educational institutions to contribute to our physical and economic health, and we should expect them to do what they can for our social and moral health as well”.¹⁴⁸

Finalmente, debe entenderse que optar por la prohibición de políticas tales, que han probado su eficiencia a la luz de las estadísticas, no tendría justificación suficiente porque las acciones positivas se han constituido como la mejor arma contra la deplorable estratificación racial —por lo menos en los Estados Unidos—, a menos que se prefiera optar por la indiferencia ante el problema.

Por otro lado, algunos ven en las acciones positivas la oportunidad de diversificar los puntos de vista en la escena pública, por ejemplo, como se ha visto, a través de las instituciones de educación superior. Algunos otros contemplan a las acciones positivas como un ejercicio de justicia compensatoria para rectificar los errores del pasado al dar, por ejemplo, a los negros, una ventaja adicional. Sin embargo, ambos puntos de vista son de muy corto alcance. Las acciones positivas pueden y deben atender los problemas del presente, eliminando cualquier dejo de diferenciación social existente hoy por hoy. No debe ser una manera de corregir los errores del pasado, sino de las situaciones intolerables del presente.

Owen Fiss hace un señalamiento muy agudo al referirse a la acción positiva como una estrategia que no sólo debe extenderse hacia los negros, sino a cualquier grupo que se encuentre actualmente subordinado en su país (Estados Unidos). Por ejemplo, a los inmigrantes que no tienen mucho tiempo de radicar en el país y que tampoco sufrieron los prejuicios del pasado, pero que sí podrían ser sujetos beneficiados por las acciones positivas en virtud de su actual situación de subordinación.

¹⁴⁸ Esperamos que nuestras instituciones educativas contribuyan a mejorar nuestra salud física y económica, así como también debemos esperar que hagan lo que puedan por nuestra salud social y moral. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, op. cit., nota 146, p. 404. Para una revisión completa del estudio, *The Shape of the River*, puede verse el capítulo “Affirmative Action: Does It Work?”, pp. 386-408.

El mismo autor señala que las acciones positivas deben ser vistas como una estrategia de justicia, más que correctiva, distributiva. Asimismo, reconoce que esta estrategia innegablemente crea sus propias trabas: algunos de los negros que obtienen las posiciones privilegiadas, generan una especie de duda en relación con el lugar que tendrían de no haber sido por la medida que operó en su favor. En los aplicantes blancos rechazados se genera un sentimiento de frustración, por no poder ingresar a escuelas privadas u obtener algún trabajo en específico. Además, estos últimos sufren un sentimiento que los negros conocen muy bien: el haber sido juzgado desfavorablemente por un criterio que no tiene que ver con el mérito y sobre el cual no tienen control alguno.

Estos agravios son genuinos; son circunstancias que no deben olvidarse y tampoco trivializarse. Sin embargo, no debe concluirse que al identificar las trabas se debe, por tanto, abandonar los programas trascendentes tales como los de acciones positivas. Este, es un mundo imperfecto, en donde las grandes transformaciones no pueden alcanzarse sin dolor y sacrificio, la historia lo ha constatado.

Solicitar el sacrificio es una petición fuera de lo ordinario, pero apropiada, dado que dos condiciones se verían satisfechas. Una es que la causa es tan necesaria, noble y valiosa que justifica el sufrimiento individual que inflige. La otra es que no se ha encontrado otra manera.

Para apoyar la estrategia de las acciones positivas a pesar de los efectos desfavorables que para algunos puedan tener, debemos creer que no se pueden mitigar o erradicar las desventajas sin un sistema de preferencias (diferenciaciones) y que, finalmente, “*we cannot get beyond racism without taking race into account*”. Esto es, no se pueden abandonar las prácticas minusvaloradoras, si para ello no se toma en cuenta el rasgo que les da origen.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Fiss, Owen M., “Affirmative Action as a Strategy of Justice”, Report from the Institute for Philosophy & Public Policy, 17 *Philosophy & Public Policy*, 37, 1997, p. 38.