

Artículo

Una aproximación a la noción de igualdad sustancial

Verónica de la Rosa Jaimes*

SUMARIO: Introducción. I. Igualdad. II. Igualdad formal. III. El mandato de no discriminación. IV. Diferenciación y discriminación. V. Igualdad sustancial. VI. Manifestaciones prácticas de la igualdad sustancial. 1. Derechos sociales. 2. Discriminación inversa y acciones afirmativas. VII. Consideraciones finales. VIII. Bibliografía.

Introducción

Los principios de igualdad y justicia están estrechamente vinculados. Cualquier máxima de justicia debería, por lo menos, dar respuesta a dos preguntas: ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? En ninguna de las acepciones históricamente importantes podría interpretarse la pretensión de dichas máximas como que “todos” los seres humanos fueran iguales “en todo”. La idea a la que aspira esta máxima de justicia se interpreta aquí en el sentido de que aquellas personas que sean consideradas iguales sean tratadas como iguales en relación con ciertas cualidades que constituyen la esencia de la naturaleza humana, tales como el libre uso de la razón, la capacidad jurídica, la libertad de poseer, la dignidad. Bajo la misma tónica, cualquier máxima de igualdad debiera responder lo siguiente: todos iguales, sí, pero ¿hasta dónde se considera justo que los seres humanos sean iguales y respecto de qué? O bien, la realidad se acercará más a lo que señala Orwell en su fábula *Rebelión en la granja*: “todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros”.¹ Siguiendo este razonamiento, se partirá, entonces, de

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ George Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 120.

la idea que no es posible hablar de una desigualdad sino de muchas desigualdades.²

I. Igualdad

Intenso y confuso ha sido el debate en torno a la igualdad a lo largo de la historia de la humanidad. Uno de los más célebres documentos al respecto es el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* de Jean-Jacques Rousseau —a quien Bobbio considera el campeón del igualitarismo—, donde el autor marca una clara distinción entre las desigualdades naturales, y por tanto positivas, y las sociales, producto de las relaciones de dominio económico o político.³ Ferrajoli abunda sobre este tema al señalar que:

Las diferencias, sean naturales o culturales, no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas, y que en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades, sean económicas o sociales, son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas.⁴

De tal manera que la máxima de igualdad debe procurar la eliminación de las segundas, que no de las primeras, “en lugar de destruir la igualdad natural; el pacto fundamental sustituye, por el contrario, lo que la naturaleza había podido establecer de desigualdad moral y legítima”.⁵ Como respuesta a este tipo de desigualdades es que, en diversos contextos históricos, han tratado de garantizarse diferentes tipos de igualdades, desde la económica, política o social hasta la jurídica.⁶

² Vid. Imer Flores, “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas); a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Carlos de la Torre, coord., *Derecho a la no discriminación*, pp. 265-268.

³ Cf. Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, pp. 67-70.

⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 82.

⁵ J. J. Rousseau, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, pp. 117 y ss. Vid. N. Bobbio, op. cit., p. 70.

⁶ I. Flores, op. cit., pp. 265-268.

Cabe apuntar, siguiendo a Francisco Rubio Llorente, que la igualdad debe referirse a uno o varios rasgos o calidades de un conjunto de personas, los cuales se toman en consideración para determinar si existe o no igualdad.

La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles. Cuáles sean éstos, es decir, cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos, es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan [...] sino que determina el sujeto de éste al adoptar el punto de vista desde el que lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de vista, del comúnmente llamado *tertium comparationis*, es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga y sólo por referencia al *tertium comparationis* tiene sentido cualquier juicio de igualdad.⁷

De tal suerte que toda igualdad es siempre relativa, pues sólo puede afirmarse o negarse en relación con un determinado *tertium comparationis*.

II. Igualdad formal

La igualdad jurídica o formal se consagra a finales del siglo XVIII y surge como una clara aspiración del Estado liberal de romper con los estamentos característicos del feudalismo medieval.⁸ Aun cuando el principio de igualdad en sentido estricto ha ido adquiriendo nuevas dimensiones, sigue siendo el pilar sobre el que se encuentra asentado el Estado de Derecho⁹ y, como valor o principio, se ha incluido en casi todas las constituciones

⁷ Cf. Francisco Rubio Llorente, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 31, pp. 13 y 14.

⁸ Vid. Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri, "Derechos humanos y Estado liberal", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, número 1, pp. 49 y ss.

⁹ David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, pp. 23 y 24.

del siglo XX.¹⁰ La doctrina alude a tres nociones de igualdad que constituyen valores básicos de nuestras sociedades: la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley o a través de la ley.¹¹ La igualdad política —como lo señala Manuel Atienza— tiene que ver con el reparto o la distribución del poder político en una sociedad y básicamente se entiende de dos formas, la primera se refiere a la existencia de igualdad en los procesos para elegir a quienes detentan el poder y, la segunda, a la manera como está repartido el poder, *i. e.*, a que se produzca una igualdad en el resultado.¹²

Por otra parte, la igualdad ante la ley —afirma el jurista español— se refiere al principio de que la ley no debe de tratar de manera diferente a aquellas personas que se encuentren bajo un mismo sistema jurídico, lo cual supone, al menos de inicio, que las normas deben ser generales y aplicarse de tal manera que los casos iguales se resuelvan de la misma forma. Esta igualdad implica que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben distinguir donde la ley no distingue.¹³ Aun cuando esta idea de igualdad se reduce a la aplicación de la ley, tal y como está descrita, sin tomar en cuenta consideraciones de ninguna índole, de ella pueden derivarse dos vertientes: la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, eliminando todos los privilegios de nacimiento, y la demanda de la generalidad de la ley.¹⁴

Al hablar de igualdad en la ley, Atienza apunta, que lo que pretende esta igualdad, es que las leyes estén diseñadas de manera que su aplicación produzca los mismos resultados en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos. Esta dimensión en la evolución de la igualdad aparece como consecuencia de factores político-sociales, tales como presiones de

¹⁰ Vid. Miguel Carbonell, "Estudio preliminar. Igualdad y derechos humanos", en M. Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, pp. 12-14.

¹¹ Cf. Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, pp. 173 y ss.

¹² Un claro ejemplo al respecto plantea el mismo al autor al referirse al sufragio universal, que aun cuando, desde el punto de vista del procedimiento, puede ser considerado como regla igualitaria, no redundaría en un reparto igualitario del poder político. *Ibid.*, pp. 176 y 177.

¹³ Como bien lo sentencia Giménez Gluck, en realidad la problemática que se genera es encontrar los límites a la diferencia de trato que la Administración o el Poder Judicial pueden otorgar a los ciudadanos en la aplicación de las leyes, límites —señala el autor— que son: la motivación, razonabilidad, y no arbitrariedad de cambio de criterio. D. Giménez Gluck, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴ Vid. Karla Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, pp. 47 y ss.

los movimientos obreros y por factores jurídicos como la normativa de la Constitución.¹⁵ Surge cuando ya no es suficiente la igualdad en la aplicación del derecho, sino que el legislador debe respetar también el principio de igualdad en el contenido de la norma, lo cual se logra consagrando dicho principio en las constituciones y estableciendo un control de constitucionalidad.¹⁶

La igualdad formal implica, de manera estricta, un trato igualitario y como punto de inicio resulta de suma importancia ya que de ahí parte la igualación jurídica. No obstante, la realidad —en sociedades tan complejas y dispares como las actuales— nos enfrenta a múltiples escenarios en los que pretender “dar a todas las personas un trato igual” parecería quedarse en una mera simplificación legal, sino se toma en cuenta que para lograr una igualdad *de facto* es necesario consentir desigualdades *de iure*.

III. El mandato de no discriminación

El último argumento se enlaza con el tema de la discriminación; importa, por ello, establecer mínimos lineamientos para su comprensión. La palabra discriminación se deriva del latín *discrimino* o *discriminare*, que se refiere a la acción de separar, distinguir o dividir, lo cual implica que no contiene un sentido negativo, sino neutro.¹⁷ En el mismo sentido, en el idioma inglés se trata de un término neutro, ya que se define como la habilidad para percibir y responder a las diferencias.¹⁸ No ocurre así en español, donde el vocablo tiene una acepción eminentemente negativa, toda vez que consiste en dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por

¹⁵ D. Giménez Gluck, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶ Cabe precisar que algunos autores establecen otra distinción en materia de igualdad: igualdad ante la ley, entendiéndola como un principio más político que jurídico; igualdad en la aplicación de la ley, es decir, la aplicación de la ley conforme a la misma, sin excepciones ni consideraciones personales, e igualdad en el contenido de la ley, la cual se refiere a la posibilidad de que el legislador incorpore en los ordenamientos jurídicos diferencias de trato, cuando a través de ellos se alcance una igualdad de hechos. Vid. Encarnación Fernández, *Igualdad y derechos humanos*, pp. 57 y ss.; K. Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

¹⁷ Cf. Guido Gómez de Silva, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. Vid. Carlos de la Torre Martínez, *El derecho a la no discriminación en México*, p. 5.

¹⁸ Cf. *The New Encyclopædia Britannica*, vol. 4. Vid. C. de la Torre Martínez, *op. cit.*, p. 5.

motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera.¹⁹ El uso que en la actualidad se le da a la palabra discriminación implica un trato desigual hacia una persona, que conlleva una desventaja en relación con otras personas.²⁰

Carlos de la Torre destaca tres elementos alrededor de los cuales se construye el concepto de discriminación. En primer término, la discriminación se materializa en una desigualdad de trato que implica una exclusión, restricción o preferencia a una persona o grupo de personas. El segundo elemento es que la causa que motiva el trato desigual es una cualidad o condición específica de la persona o alguna convicción que ha adoptado. En tercer lugar, que el resultado sea la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de derechos humanos o libertades fundamentales de las personas que son discriminadas.²¹ Por ende, la discriminación no se refiere a cualquier trato desigual, sino a una desigualdad basada en criterios no razonables, prejuiciosos y estigmatizadores.

De este modo, el mandato de no discriminación podría enunciarse como que ninguna persona debe ser preferida a otra, “a menos que existan razones reconocidas como relevantes y suficientes según criterios identificables y aceptados”,²² siendo la jurisprudencia la que se ha encargado, en los sistemas jurídicos constitucionales y democráticos, de establecer cuáles son esos criterios, dando con ello nuevas dimensiones al principio de igualdad.²³

El mandato de no discriminación prohíbe no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta. La discriminación es directa si la desigualdad de trato se basa en algún rasgo característico de las personas pertenecientes a un grupo social o en una característica indisociable con éste. En tanto que la discriminación es indirecta cuando se aplica un criterio o disposición que es aparentemente neutral, pero que provoca efectos desproporionalmente perjudiciales para algún grupo social. Esta última existe, con independencia de que haya o no intención de discriminar, por los resultados o consecuencias que se derivan de cierta acción,

¹⁹ Cf. *Diccionario de la lengua española*. Vid. C. de la Torre Martínez, *op. cit.*, p. 5.

²⁰ Carlos de la Torre recuerda que esta acepción del concepto de discriminación se estructuró en la segunda mitad del siglo XX, a la par de la lucha por la reivindicación de los derechos civiles y políticos de las minorías étnicas y raciales de Estados Unidos de Norteamérica, así como por la reivindicación de la igualdad formal y material del movimiento feminista en casi todo el mundo. Cf. C. de la Torre Martínez, *op. cit.*, p. 6.

²¹ *Ibid.*, pp. 4 y 5.

²² K. Pérez Portilla, *op. cit.*, p. 109.

²³ *Vid. ibid.*, pp. 73-85.

con excepción de los casos en los que esté justificada por factores objetivos.²⁴

IV. Diferenciación y discriminación

Existe una construcción conceptual que distingue entre diferenciación y discriminación, entendiendo por la primera aquel trato desigual constitucionalmente admisible, y por la segunda, aquella distinción que no lo es.²⁵

Para Robert Alexy, el postulado básico de razonabilidad práctica es determinante para establecer si está permitido o no un trato desigual, i. e., siempre que haya razones suficientes para un tratamiento desigual entonces deberá estar ordenado el mismo.²⁶

Al respecto, Fernando Rey Martínez afirma que el Tribunal Constitucional Español, para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable, toma los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual establece que la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable; debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarse mediante un examen de razonabilidad y objetividad, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados; sustentarse en una relación lógica entre los medios empleados y los fines, así como en los efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.²⁷

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha encontrado dos vías para tratar de resolver el problema latente en la idea de que si las leyes clasifican, implican un trato desigual: la doctrina de la clasificación razonable y la doctrina de la clasificación sospechosa.²⁸ La doctrina de la clasificación razonable incluye a todas las personas que se encuentren situadas de manera análoga en relación con los objetivos de una ley y excluye a aquellas que no lo estén. El fin debe ser la eliminación de algún

²⁴ Cf. M. Barrère Inzueta, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>, consultada el 18 de noviembre de 2006. E. Fernández, *op. cit.*, p. 86.

²⁵ Cf. D. Giménez Gluck, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

²⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 395 y ss.

²⁷ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, pp. 23 y 24.

²⁸ Cf. K. Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 102-108; F. Rey Martínez, *op. cit.*, pp. 17 y ss., y D. Giménez Gluck, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

daño público o el alcance del bien común y debe existir un criterio de relevancia,²⁹ para determinar si una persona posee o no el rasgo característico que implica su inclusión o exclusión en una clase especial. Hay cinco posibilidades en las que puede presentarse la relación entre las personas que poseen el rasgo característico y los individuos afectados por el daño al que la ley da respuesta:

1. La clasificación legislativa es totalmente razonable.
2. La clasificación es absolutamente irrazonable.
3. La clasificación es deficiente (*underinclusive*), ya que no incluye a todas las personas que se encuentren en una situación similar.
4. La clasificación es sobreincluyente (*overinclusive*), porque incluye a más personas de las que se encuentran en una situación similar.
5. La clasificación es mixta, toda vez que es insuficiente y sobreincluyente a la vez.

Sobra decir, que las cuatro últimas relaciones son discriminatorias.

Por lo que se refiere a la doctrina de la clasificación sospechosa, ésta se ocupa sólo de aquellos supuestos en los que el rasgo de diferenciación es la raza, el sexo, la religión, la ideología, o algún otro que pudiera configurar una evidencia peyorativa entre las personas. En este caso, las diferencias entre los distintos grupos sociales encierran el peligro de catalogar a alguno de ellos como inferior sin que realmente lo sea. De tal manera que las leyes que clasifican a las personas por alguno de los rasgos mencionados son catalogadas como sospechosas, por lo que si el legislador establece diferencias normativas de esta índole, el examen judicial de control deberá ser mucho más riguroso.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos utiliza tres estándares de revisión para identificar y evaluar el propósito de una ley, así como para juzgar su constitucionalidad: primero, el examen del escrutinio estricto (*Strict Scrutiny Test*) se aplica a normas que discriminan con base en la raza, el nacimiento o la religión. Como su nombre lo indica, se refiere a una revisión exhaustiva de la ley, para corroborar que existe una

²⁹ Para Alfonso Ruiz Miguel la idea de relevancia implica necesariamente la introducción de un criterio evaluativo, toda vez que la selección de un rasgo como criterio de comparación procede de una consideración sobre lo que es significativo o importante en cierto contexto. Cf. Alfonso Ruiz Miguel, "Sobre el concepto de igualdad", en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, op. cit., supra nota 10, p. 51.

razón verdaderamente importante para tratar a un grupo social de manera diferente. Asimismo, debe demostrarse que la acción gubernamental utiliza los medios menos restrictivos posibles para lograr sus objetivos y se ciñe a los mismos. Segundo, el examen intermedio (*Intermediate Test*) se aplica a las leyes que clasifican basándose en el género. En estos casos debe probarse que las razones para justificar dicha clasificación son sustanciales y están dirigidas al logro de sus fines. Tercero, el examen de la relación razonable (*Rational Relationship Test*), en este caso las leyes deben someterse a un escrutinio mínimo que demuestre que existe una relación lógica entre la clasificación y los objetivos de la ley, en otras palabras, debe probarse que las razones del legislador para discriminar deben ser legítimas.³⁰

Una vez analizadas estas doctrinas, es innegable que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación guardan una estrecha relación de género (la igualdad) a especie (la prohibición de discriminación). Así, la prohibición de discriminación es una variedad de igualdad, cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los sospechosos.³¹

V. Igualdad sustancial

A partir de lo explicado en párrafos anteriores, y en aras de la consecución de la igualdad sustancial, es posible justificar las diferencias de trato. “La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria”.³²

El punto medular de la idea de igualdad sustancial puede vincularse con lo expresado por H. L. A. Hart respecto del concepto de justicia, quien señala que el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera” es una fórmula vacía mientras no se establezca —para un fin específico— qué casos deben ser considerados iguales y cuáles los rasgos distintivos relevantes. Sin estos elementos no será posible pronunciarse respec-

³⁰ “*Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause*”, consultado en <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epscrutiny.htm>, el 18 de octubre de 2006.

³¹ F. Rey Martínez, *op. cit.*, p. 28.

³² M. Carbonell, *Igualdad y Constitución*, p. 39.

to de si cierta norma o estructura social es injusta. En el mismo sentido, el jurista afirma que la idea de justicia se estructura en dos partes: una nota uniforme que se resume en la máxima “tratar a los demás de la misma manera” y un criterio variable que determina cuándo para cierto objetivo los casos son similares o distintos.³³

Los conflictos que suelen presentarse entre la concepción tradicional de igualdad formal y la de igualdad sustancial son producto de la concepción de que para crear una igualdad *de facto* hay que aceptar desigualdades *de iure*, toda vez que la igualdad real consiste en compensar una desigualdad de hecho a través de diferenciaciones en el tratamiento normativo.³⁴

Ferrajoli describe cuatro posibles modelos de la configuración jurídica de las diferencias y a partir de ellos de la igualdad y la diferencia:³⁵

1. La indiferencia jurídica de las diferencias; para este modelo las diferencias no se valoran ni se tutelan ni se restringen, por ende no se protegen o se violan, simplemente se ignoran.
2. La diferenciación jurídica de las diferencias; se reduce a la valorización de algunas identidades y a la desvalorización de otras, de tal manera que redundan una jerarquización de las diferentes identidades. En otras palabras, mientras algunas identidades resultan poseedoras de un estatus privilegiado, fuente de derechos y de poderes, e, incluso, base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; otras se asumen con un estatus discriminatorio, fuente de exclusión y de sujeción o, incluso, de persecución.
3. La homologación jurídica de las diferencias; en este modelo, las diferencias son valorizadas y negadas; pero no por ser concebidas como valores o desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que considerarse como estatus privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas o, peor aún, reprimidas y violadas, argumentando una homologación, neutralización e integración general.
4. La igual valoración jurídica de las diferencias; modelo basado en el principio normativo de igualdad de los derechos fundamentales y,

³³ Cf. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, pp. 198-200.

³⁴ Cf. K. Pérez Portilla, *op. cit.*, p. 139.

³⁵ Cf. L. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación abstracta de su igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Una vez realizada una descripción pormenorizada de los cuatro modelos mencionados, Ferrajoli hace hincapié en las razones por las que considera que el modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias resulta el más avanzado. Descarta al primer modelo por su irrelevancia para el derecho; al igual que al segundo, por referirse a una igualdad relativa sólo a una parte privilegiada de seres humanos confundidos con la totalidad de manera arbitraria; el tercero sí representa una igualdad jurídica, pero al no hacerse cargo de las diferencias está destinado a permanecer ampliamente inefectiva. El cuarto, en cambio, garantiza a todas las personas su libre afirmación y desarrollo, no dejándolas al desamparo de la ley del más fuerte, sino cobijándolas bajo las leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Este último modelo se identifica plenamente con la igualdad sustancial.

Por su parte, Prieto Sanchís considera que para lograr una justificación fuerte de la igualdad sustancial que no se limite a consideraciones finalistas o de utilidad social, sino que apele a los derechos fundamentales, debe vincularse de manera muy estrecha con los principios de dignidad y autonomía que —a su vez— constituyen el fundamento de la igualdad formal y de los derechos básicos, ya que al ser principios ideales universales, un trato desigual en ciertos casos constituiría una condición de dicha universalidad.³⁶ Para el autor, la igualdad sustancial puede ser viable en tres supuestos. Primero, cuando la igualdad material se basa en un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible, lo que implica aplicación constitucional. Segundo, cuando la pretensión de igualdad sustancial se acompaña de un derecho, ya que aun cuando éste no sea

³⁶ Luis Prieto Sanchís, "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", ed. digital a partir de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, vol. I, p. 380, <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=16006>, consultada el 23 de octubre de 2006.

de naturaleza prestacional, existe una cierta presunción de que el bien se considera valioso, merece protección y se encuentra privilegiado por la Constitución. Tercero, tiene lugar cuando la igualdad material se apoya en una exigencia de igualdad formal. Asimismo, concluye que la tarea del Poder Judicial respecto de la igualdad sustancial es fundamental, ya que el reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material, implica una tarea donde los tribunales sustituyen al legislador, al realizar una tarea propiamente normativa, en virtud de que el legislador ha dejado de crear una norma que vincula cierta prestación con una situación de hecho.³⁷

Giménez Gluck considera a la igualdad material o sustancial como el último escalón en la evolución que ha tenido el principio de igualdad a lo largo del siglo XX.³⁸ Promover y garantizar en las constituciones contemporáneas la igualdad formal en la legislación no ha sido suficiente, sino que es imperante la necesidad de que el Estado genere las condiciones necesarias para lograr una igualdad real entre las personas. Esta actuación puede tener como objetivo la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados.³⁹

En la igualdad de oportunidades o igualdad en el punto de partida, el reparto definitivo de los bienes sociales depende de los méritos y el esfuerzo de cada persona. De tal manera, que las acciones del Estado se dirigen básicamente al ámbito educativo, el equilibrio de las cargas familiares y la concientización social.⁴⁰ John Rawls precisa la idea de igualdad de oportunidades de la siguiente manera: “los que tienen el mismo nivel de talento y habilidad y la misma disposición a hacer uso de esos dones, deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen. [...] En todas las partes de la sociedad debe haber aproximadamente las mismas perspectivas de cultura y logro para los que están similarmente motivados y dotados”.⁴¹

La igualdad de oportunidades se interpreta hoy en día no en el sentido formal que tuvo en un principio —al modo como lo entendía el liberalismo clásico—, donde se pretendía que tan sólo eliminando barreras y estableciendo una igualdad de derechos se obtendrían posiciones laborales

³⁷ Cf. *ibid.*, p. 382.

³⁸ Cf. D. Giménez Gluck, *op. cit.*, p. 45.

³⁹ D. Giménez Gluck, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

⁴⁰ Cf. K. Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 155-157.

⁴¹ John Rawls, *La justicia como equidad. Una reformulación*, p. 74.

o sociales a través del mérito personal, en otras palabras, se trataba de un modelo de libertades formales. Por el contrario, la igualdad de oportunidades en sus alcances actuales implica ser efectiva, no únicamente formal, y para que sea efectiva necesita no sólo el igual acceso a las posiciones, sino también igualdad en los resultados.⁴²

La igualdad de resultados o igualdad en el punto de llegada se determina en términos de lo justo, lo bueno, lo equitativo (*fairness*); esto es, la participación de todos los grupos en cada uno de los ámbitos de la sociedad: trabajo, educación, capacitación y obtención de bienes y servicios.⁴³ Sobre este punto, existe ya un consenso en el sentido de que la igualdad material no debe entenderse como un igualitarismo radical que postule una nivelación total y completa de los bienes o como una exigencia de igual bienestar, entre otras cosas, porque resultaría utópico. Sino que debe referirse a una cierta nivelación de la riqueza en la línea de reducir las desigualdades de los recursos existentes.⁴⁴ Finalmente, cabe apuntar que resulta imposible hablar de igualdad de resultados sin pensar en conceptos como satisfacción de necesidades básicas, justicia mínima o en instituciones como Estado social de Derecho, en torno a los cuales se ha abierto un intenso debate doctrinal.

VI. Manifestaciones prácticas de la igualdad sustancial

Karla Pérez Portilla sugiere dos aproximaciones prácticas de la igualdad sustancial:⁴⁵

- a) Igual satisfacción de necesidades básicas, enfocada principalmente al combate a la pobreza.
- b) Igualdad para la realización de logros personales y fines sociales, que pretende romper con un esquema desigualitario y minusvalorador de ciertos rasgos.

⁴² Cf. E. Fernández, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

⁴³ Cf. K. Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 155-157.

⁴⁴ Cf. E. Fernández, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

⁴⁵ Cf. K. Pérez Portilla, *op. cit.*, p. 157.

1. Derechos sociales

La primera modalidad práctica vincula claramente a la desigualdad social con la pobreza. Aún cuando la igualdad sustancial no se encuentra expresada como tal en la mayoría de las constituciones, se traduce en el reconocimiento de que alguien tiene derecho a una prestación, porque así lo exige dicha igualdad, lo cual implica una labor normativa, es decir, debe existir una norma que obligue al Estado a proporcionar bienes o servicios,⁴⁶ a ciertos sectores de la población que no cuentan con los medios suficientes para obtenerlos directamente en el libre mercado.⁴⁷ Esta forma de entender la igualdad subsiste en cada uno de las particularidades de los derechos sociales.⁴⁸

Los derechos sociales se formulan para atender carencias o requerimientos que se presentan en la esfera desigual de las relaciones sociales. De tal manera que están vinculados con ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es evidentemente desigual. Estos derechos no pueden justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, *i. e.*, las necesidades y, por lo mismo, no se les puede otorgar un sentido universal, como si interesaran por igual a todas las personas.⁴⁹

Por las razones antes expuestas, los derechos sociales son manifestaciones concretas del principio de igualdad sustancial, que consisten en un dar o hacer a favor de ciertos sectores o grupos sociales, lo cual evidentemente entraña desigualdades normativas, pero no se trata de cualquier discriminación normativa, sino de un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad de hecho que trata de ser superada o limitada.⁵⁰

Finalmente, cabe señalar que los derechos sociales inciden en el modelo socioeconómico, ya que aun cuando su satisfacción depende de la

⁴⁶ Prieto Sanchís puntualiza que cuando se habla de derechos prestacionales en sentido estricto, se hace referencia a bienes o servicios económicamente valiables, tales como el seguro de desempleo, las pensiones por enfermedad o vejez, vivienda, salud, educación, etcétera. L. Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en M. Carbonell *et al.*, comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, p. 21.

⁴⁷ Aún cuando en algunos casos algunas de estas prestaciones pueden ser asumidas por los particulares, en este punto se alude únicamente a aquellas que generan obligaciones para el Estado y que se encuentran consagradas en la Constitución.

⁴⁸ Cf. L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 46, pp. 18-22; K. Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 158 y ss.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁰ Cf. L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 46, pp. 23-29.

disponibilidad de recursos por parte del Estado, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales establece metas específicas de las que los Estados parte no se pueden deslindar.⁵¹

2. Discriminación inversa y acciones afirmativas

La segunda modalidad práctica de la igualdad sustancial se refiere a la ruptura de ciertas pautas de conducta que han orientado históricamente la asignación de puestos de liderazgo, al excluir a determinadas personas por poseer ciertas características, especialmente por cuestiones raza o género. Esta exclusión que menoscaba la dignidad de las personas les impide el acceso a ciertos puestos y lugares en la sociedad, generalmente escasos.⁵² Para tratar de eliminar este tipo de rezago social se han implementado las acciones positivas o afirmativas,⁵³ así como las medidas de discriminación positiva o inversa,⁵⁴ conceptos entre los que existe gran confusión terminológica.

Nuria González realiza una distinción bastante esquemática a este respecto. Define a las acciones positivas como la instauración “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”.⁵⁵ En tanto que clasifica a la discriminación inversa como un tipo de acción positiva que se caracteriza por dos elementos:

- a) No sólo es desigual sino también es discriminatoria, ya que se refiere a un tipo especial de desigualdad.

⁵¹ K. Pérez Portilla, *op. cit.*, p. 161.

⁵² *Ibid.*, pp. 166 y 167.

⁵³ El término acción positiva (*positive action*) se emplea en la Unión Europea por la influencia del Reino Unido, en tanto que el término acción afirmativa (*affirmative action*) se utiliza en el ámbito americano, por influencia de Estados Unidos. Nuria González Martín, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en *Derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 349.

⁵⁴ La discriminación positiva (*positive discrimination*) es una expresión europea derivada del término discriminación inversa (*reverse discrimination*) empleado en Estados Unidos. *Idem.*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 350.

- b) Se produce respecto de bienes escasos, lo cual implica un beneficio para ciertas personas sobre dichos bienes y provoca perjuicios para otras.⁵⁶

Tanto las medidas de discriminación inversa como las acciones positivas deben justificar todo trato desigual basado en los rasgos discriminatorios. No obstante, el escrutinio aplicado a la discriminación inversa debe ser especialmente estricto respecto de una mayor exigencia en cuanto a la finalidad de la medida y a la proporcionalidad de la misma,⁵⁷ como en el caso de las cuotas electorales.

Estas medidas de igualdad sustancial se deben visualizar como una estrategia de justicia distributiva, que si bien es cierto conllevan —en algunos casos— efectos desfavorables, en varios países han demostrado ser efectivas.⁵⁸ Estas manifestaciones de la igualdad sustancial deben interpretarse en el sentido de que en una sociedad democrática no se pueden erradicar las desventajas sin un sistema de diferenciaciones y preferencias, toda vez que no es posible deshacerse de prácticas minusvaloradoras sin tomar en cuenta el rasgo que les da origen.⁵⁹

VII. Consideraciones finales

El punto central de la igualdad —en palabras de Prieto Sanchís— consiste en “determinar cuáles son los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o desigual”,⁶⁰ rasgos que deben ser tanto el criterio de la condición de aplicación como el fundamento de la consecuencia jurídica. Más aún, deben definir el universo de los destinatarios de la norma y las razones de la consecuencia en ella prevista.

Los juicios de igualdad son juicios valorativos, de tal manera que no basta con declarar que dos personas merecen el mismo trato, sino que es

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ D. Giménez Gluck, *op. cit.*, pp. 165-166.

⁵⁸ En países como Argentina, la aplicación de las cuotas electorales de género ha ampliado el acceso de las mujeres a cargos de elección popular, al grado de que en elecciones recientes ya no ha sido necesario utilizarlas. M. Carbonell, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género”, *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio, 2003, pp. 194.

⁵⁹ K. Pérez Portilla, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁰ L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 46, p. 31.

necesario determinar cuál es la característica relevante, valorarla y expresar las razones por las que debe establecerse una distinción. Esto último es indispensable, toda vez que al tratarse de desigualdades normativas —aun cuando se basen en desigualdades de hecho— deben justificarse de manera objetiva y razonable para no incurrir en diferenciaciones negativas. Asimismo, debe existir un *tertium comparationis*, entendido como una situación jurídica concreta que permita contrastar al mismo nivel y asegure la comparabilidad de lo que se equipara.

Dado que la discriminación no sólo tiene un alto costo económico sino también social, una sociedad justa y democrática, no sólo debe reconocer las diferencias raciales, sexuales, educativas, etcétera, que no permiten a ciertos grupos sociales la consecución de sus logros personales, sino además utilizar medidas compensatorias que mejoren las condiciones de dichos sectores desaventajados y garanticen la pluralidad y la participación activa de todos los grupos en todos los niveles de la sociedad.

En países como el nuestro, donde la pobreza habitual agrava las condiciones de los sectores de la población en desventaja, deben destinarse recursos públicos al establecimiento y seguimiento de políticas públicas de acción afirmativa, con el objetivo de lograr un avance sostenido en materia de igualdad.

Finalmente, cabe considerar, sin embargo, que se ha ido construyendo un universo de reivindicaciones vinculadas a políticas del reconocimiento, que enfatizan no sólo reivindicaciones negativas respecto de la desigualdad, sino reclamos y exigencias de derechos de igualdad positiva; como ejemplifica bien la demanda de reconocimiento a las identidades culturales. Tal perspectiva abre, sin duda, un nuevo horizonte de investigación.

VIII. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*. [España], Ariel, 2004.

BARRÈRE INZUETA, M., "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf>, consultada el 18 de noviembre de 2006.

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós, 1993.

- CARBONELL, Miguel, "Estudio preliminar. Igualdad y derechos humanos", en Miguel Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*. México, CNDH, 2003.
- , *Igualdad y Constitución*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006. (Cuadernos de la igualdad, 1)
- , "La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género", *Cuestiones Constitucionales*. México, UNAM, IIJ, enero-junio, 2003.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*. [España], Tecnos, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. [España], Trotta, 2004.
- FLORES, Imer, "Igualdad, no discriminación (y políticas públicas); a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población", en Carlos de la Torre, coord., *Derecho a la no discriminación*. México, UNAM, IIJ, 2006.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México, El Colegio de México / FCE, 1988.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", en Carlos de la Torre, coord., *Derecho a la no discriminación*. México, UNAM, IIJ, 2006.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*. México, Editorial Nacional, 1978.
- "Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause", consultado en <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epscrutiny.htm>, el 18 de octubre de 2006.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "Derechos humanos y Estado liberal", *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*. México, año 1, núm. 1, 2006.
- ORWELL, George, *Rebelión en la granja*. México, Época.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. México, UNAM, IIJ, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel Carbonell et al., comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, UNAM, IIJ, p. 21.

- , “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, ed. digital a partir de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [España], núm. 15-16, vol. I, 1994, <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=16006>, consultada el 23 de octubre de 2006.
- RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*. [España], Paidós, 2001.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Madrid, Real Academia Española, 1992.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.
- ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Madrid, Tecnos, 1990.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. [España], año 11, núm. 31, 1991.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Sobre el concepto de igualdad”, en Miguel Carbo-nell, comp., *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*. México, CNDH, 2003.
- The New Encyclopædia Británica*, vol. 4. [EE. UU.], 1991.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*. México, Porrúa / CNDH, 2006.