

## ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ACCIÓN AFIRMATIVA Y LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

César SERRANO

SUMARIO: I. *Discriminación, igualdad y diferencia.* II. *Acción afirmativa.* III. *Discriminación positiva y sistema de cuotas.* IV. *Discriminación positiva, utilitarismo y derechos humanos.* V. *Conclusiones.*

### I. DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD Y DIFERENCIA

La existencia de grupos o sectores sociales en situaciones de desventaja fáctica, víctimas de la discriminación y la desigualdad, es una constante en la historia política y social mexicana, y de la propia humanidad. No por ello deja de ser una constante injusta y vergonzante, especialmente en las modernas sociedades de cuño democrático: "La presencia de amplios grupos marginados o discriminados atenta contra valores democráticos tan elementales como la igualdad o la justicia social con los que se identifica el orden constitucional de la mayoría de los Estados. De ahí que la erradicación de tales situaciones represente un auténtico reto para cualquier sociedad democrática".<sup>1</sup> El reto de un México verdaderamente democrático es la erradicación de la discriminación arraigada en la sociedad.

La discriminación es un fenómeno social y cultural que considera a otro ser humano como inferior en un plano axiológico, antropológico o social y lo relega de la participación en la vida política, social y cultural de la cultura dominante, asignándole roles determinados e

<sup>1</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "Luces y sombras de la discriminación positiva", en *Claves de razón práctica*, núm. 90, p. 66.

imponiéndoles una visión falsa sobre sí mismos. La discriminación, por lo tanto, deriva en una desventaja fáctica, en la desigualdad, de los grupos discriminados respecto del resto de la sociedad dominante. México reconoció finalmente esta situación y el 11 de junio de 2003 entró en vigor la primera ley tendiente a combatir el flagelo de la discriminación. Una ley que con mucho retraso reconoce lo que muchos se negaron a ver por muchos años: que la mexicana es una sociedad profundamente jerarquizada, y por lo tanto, profundamente discriminatoria e injusta.<sup>2</sup>

La discriminación ha sido definida tanto por el derecho internacional y por el nacional más o menos en los mismos términos: toda distinción, exclusión o restricción basada en el origen étnico, nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, que tenga por efecto el impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. En este tenor el racismo, nacionalismo, machismo, clasismo, xenofobia, antisemitismo, homofobia o etnocentrismo, no son sino algunas de las múltiples y horrendas caras de la discriminación. La erradicación de la discriminación no se logrará simplemente con su prohibición y sanción, sus raíces son esencialmente sociales y muchas veces antropológicas. La lucha en contra de la discriminación tomará algunas generaciones, pero es momento de dar los primeros pasos.

Debemos comenzar por reconocer *la diferencia*. La diferencia *per se*, no puede ser objeto de un juicio valorativo, carece de implicación axiológica alguna, es simplemente el reconocimiento de la naturaleza misma. Este reconocimiento ha sido formulado por Ferrajoli dentro de un modelo de idéntica valoración jurídica de las diferencias. Es necesario para ello distinguir la igualdad en los derechos fundamentales como un principio normativo y la diferencia como un prin-

<sup>2</sup> En este sentido Iris Marion YOUNG hace una afirmación lapidaria: "Dondequiera que haya racismo existe la presunción, más o menos aceptada, de que los miembros de los grupos raciales oprimidos son o deberían ser sirvientes de quienes —o de algunos de quienes— se ubican en el grupo privilegiado". No es necesaria la pregunta ¿hay racismo, clasismo, sexismo, en México? La respuesta es obvia. Véase YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, pp. 91-92.

cipio fáctico. La igualdad como principio valorativo —todos somos iguales ante la ley o principio de igualdad jurídica— requiere de garantías que aseguren la efectividad de los derechos fundamentales. Como afirma Ferrajoli: "La igualdad en los derechos fundamentales les resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta 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".<sup>3</sup>

Efectivamente, no debemos caer en la trampa dialéctica de considerar a *igualdad* y *diferencia* como términos antitéticos: la igualdad es el *deber ser*; la diferencia, el *ser*.<sup>4</sup> Al caer en esta trampa nos encontraríamos ante dos escenarios posibles, o bien consideramos como principios normativos —*deber ser*—, a la diferencia y a la igualdad, o bien consideramos a ambas como situaciones fácticas —*ser*—.

En el primer escenario sería inaceptable considerar a la diferencia como un principio normativo, ya que implicaría una eficacia diferenciada de derechos fundamentales en razón del sujeto. En otras palabras, la legalización de derechos diferenciados al estilo *apartheid* sudafricano o *separated but equal* en el sureste estadounidense de la

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 76.

<sup>4</sup> "Igualdad" es término normativo: quiere decir que los 'diferentes' deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. 'Diferencia(s)' es un término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer 'igualdad' a 'diferencias'. FERRAJOLI, 'Igualdad y diferencia', *op. cit.*, p. 79.

primera mitad del siglo XX. En el segundo supuesto, igualdad y diferencia como situaciones fácticas, nos encontraríamos ante un escenario imposible: la igualdad no puede ser considerada una situación fáctica, pues nos encontraríamos negando la realidad de la realidad humana: sexo, raza, lengua, religión, edad, instrucción, condiciones sociales, capacidades físicas, etc. Ante estos dos escenarios no queda más opción que reconocer a la diferencia como situación fáctica, y a la igualdad como principio normativo. La distinción es útil para entender por qué la norma debe tender a la igualdad, sin que esto implique un ataque a la diferencia.

La diferencia como fundamento de la propia realidad humana debe ser considerada para aceptar que esas mismas diferencias pueden —y frecuentemente lo hacen— violentar el principio normativo de la igualdad provocando mayores desigualdades. La igualdad como principio normativo, debe contar con garantías efectivas que otorguen plena eficacia de los derechos fundamentales para todas las personas y que permitan salvaguardar sus diferencias e identidades como fundamento de la sociedad: "...sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la ineffectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas".<sup>5</sup>

Un pequeño ejemplo: yo pertenezco a una minoría lingüística y cultural, digamos a la tzotzil, y debido a la carencia de profesores que hablen mi lengua o al desinterés de las autoridades públicas, no recibo educación escolar básica, lo que se traduce en que no gozo de mi derecho fundamental a la educación, encontrándome por lo tanto incapacitado para ejercer mis derechos políticos y civiles de manera efectiva. La diferencia —mi pertenencia a un grupo minoritario distinto al de la cultura dominante— determina la violación de mis derechos fundamentales —la falta de educación básica y la imposibilidad de hacer valer efectivamente mis derechos políticos y civiles—. Ya que la igualdad como principio jurídico me otorga los mismos derechos fundamentales que a todos, el Estado debe establecer ga-

<sup>5</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 80.

rantías que permitan el goce efectivo de mis derechos. En este caso las medidas que lo hagan serán la educación pública elemental y superior bilingüe o la posibilidad de que mi grupo o comunidad establezca sus propios centros educativos, y tratándose de mis derechos políticos, la de contar con una representación especial ante los órganos del Estado, la posibilidad de participar políticamente en mi propia lengua y votar a mis representantes y gobernantes.

La negación de derechos fundamentales producto único de la discriminación es el objetivo real de la lucha contra la discriminación. Al aplicar normas tendientes a acabar con la discriminación lo que se busca no es "promover la igualdad de oportunidades y de trato" o "permitir el pleno desarrollo de las personas", sino el goce pleno e igualitario de derechos fundamentales, goce pleno que permita que las personas puedan aprovechar las oportunidades, puedan decidir o no sobre su pleno desarrollo y que reciban un trato igualitario.

El reconocimiento de la diferencia es el primer paso para alcanzar la igualdad en el goce de derechos, pero el establecimiento de mecanismos tendientes a lograrlo es el paso decisivo.

## II. ACCIÓN AFIRMATIVA

Uno de los mecanismos tendientes a revertir la discriminación y las desventajas fácticas de los sectores desprotegidos fue puesto en marcha a finales de los años cincuenta en los Estados Unidos de América bajo el nombre de *affirmative action*, o acción afirmativa. Estas medidas fueron fruto de la presión hecha por el movimiento por los derechos civiles opuesto a la segregación racial en el sureste de los Estados Unidos.

Las políticas de acción afirmativa (*affirmative action policies*, de donde se toma el nombre genérico de *acción afirmativa*), se traducen generalmente en medidas y mecanismos tendientes a garantizar el principio de igualdad de derechos y oportunidades de grupos e individuos discriminados o sujetos a una desventaja fáctica.<sup>6</sup> La ac-

<sup>6</sup> Por lo que sigue, véase GARCÍA AÑÓN, José, "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo", en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, pp. 309-337.

ción afirmativa está compuesta por diversos mecanismos de resarcimiento por los daños (no en su sentido civilista) que se han infringido históricamente a minorías raciales, étnicas o culturales, y que se ha traducido en desventajas fácticas para los miembros de dichos grupos.<sup>7</sup> En los Estados Unidos de América se ha aplicado preferentemente a favor de la comunidad afroamericana en virtud de los agravios históricos que han sufrido, extendiéndose posteriormente hacia otros grupos discriminados como los chicanos, ahora rebautizados como *hispanicos*, nativos americanos y asiáticos. Por su parte, en Europa, la acción afirmativa ha tendido a tratar la cuestión de género de manera preferente. A pesar de que las políticas de acción afirmativa son consideradas como normas características del Estado social de derecho —normas que implican la obligación de hacer por parte del Estado—, su origen se encuentra dentro del Estado liberal clásico, la pugna por los derechos civiles y políticos y el principio de igualdad.

Como lo hace notar García Añón, existe poco rigor jurídico al tratar los temas de acción afirmativa y discriminación positiva o inversa: no existe una definición clara de los conceptos y frecuentemente se confunden por sus fines, sin reparar en que existe una relación género-especie.<sup>8</sup> Con ánimo expositivo seguiremos la distinción

<sup>7</sup> La distinción entre raza y etnia para efectos de este artículo radica en que la primera toma como base factores externos tales como color de piel o rasgos físicos, mientras que la etnia puede compartir raza con la sociedad dominante, pero no tradiciones, cultura o lengua. Los afroamericanos en los Estados Unidos forman una minoría racial, a pesar de compartir cultura y lengua. Los italoamericanos o irlandeses forman una minoría étnica, aunque racialmente no exista distinción alguna con el resto de la población estadounidense. En algunos casos ambos conceptos podrán coincidir, por ejemplo, las comunidades asiáticas en los Estados Unidos. Por otra parte algunos autores como KYMLICKA, distinguen minorías nacionales y minorías étnicas, siendo las primeras aquellas minorías asentadas históricamente en los territorios de los actuales Estados, mientras que la minorías étnicas son producto de la inmigración.

<sup>8</sup> GARCÍA AÑÓN afirma: "Habría que partir de que sobre el concepto de acciones afirmativas o de las políticas para llevar a cabo la protección del principio de igualdad o la lucha contra la discriminación no existe una definición normativa clara, ni acuerdo en la doctrina, ni en el plano social ni jurídico, lo que entre otras cosas ha propiciado su debilidad y la puesta en duda de la legitimidad de estas políticas". Más adelante denuncia "la creación de conceptos y terminología por parte de la doctrina y la jurisprudencia, con conexión con las normas nacionales o europeas, ni con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas", *op. cit.*, pp. 318 y 323 respectivamente.

que García Añón hace respecto de las medidas de aplicación de la acción afirmativa: las medidas de concienciación, las medidas de facilitación y las medidas de retribución.

Las primeras son políticas educativas o de formación y de carácter publicitario e informativo, que pretenden "crear un estado de opinión o una sensibilización del problema". Las medidas de facilitación tienden a la aplicación de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad fáctica. En éstas el autor distingue: *a)* medidas de estimulación, como becas o subvenciones, *b)* medidas de discriminación positiva, consistentes en un tratamiento desigual a favor del que se encuentra en situación de desventaja a través de la aplicación de cuotas, y, *c)* medidas de trato preferencial, consistentes en el otorgamiento de prioridad ante una igualdad de condiciones ante una situación determinada, pero partiendo del supuesto de una "situación contextual de desventaja". Finalmente nos encontramos con las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva, consistentes en estímulos o exenciones fiscales o premios a quienes apliquen correctamente medidas de acción afirmativa. Como se puede apreciar, las medidas de facilitación se relacionan de una manera más directa con la aplicación práctica de las políticas de acción afirmativa, y uno de sus mecanismos más polémicos y conocidos: la discriminación positiva, que representa mayor complejidad, debido a sus ineludibles implicaciones legales y constitucionales.

La finalidad de esta clasificación es mostrarnos la variedad de mecanismos y ámbitos de aplicación de la acción afirmativa, e independientemente de que estemos de acuerdo o no con ella, es útil para una comprensión global de las políticas de acción afirmativa.<sup>9</sup> La acción afirmativa (políticas de acción afirmativa) es el género, del cual se desprende la especie discriminación positiva.

Si bien es fácil realizar una crítica sobre una materia poco desarrollada, haremos una pequeña observación a la clasificación de

<sup>9</sup> Ciertamente, dentro de las políticas de acción afirmativa caben todas aquellas medidas que permiten la reversión de las desventajas fácticas y de la discriminación, y estas medidas no implican necesariamente ninguna ruptura o excepción al principio de igualdad, pueden tener carácter permanente o temporal, o constituir o no, derechos, privilegios o tratos especiales. En este tenor, las políticas de acción afirmativa (acción afirmativa) implican algo más amplio que la discriminación positiva con la que tradicionalmente se le identifica y confunde.

García Añón con el propósito de clarificarla. En el intento de clarificar la denunciada confusión terminológica es fácil terminar enredado en ella. Considero que dentro de las medidas de facilitación, las medidas de discriminación positiva bien pueden absorber a las llamadas medidas de trato preferencial: cuando encontrándose dos trabajadores con la misma capacidad y calificación, se decide por aquél que pertenezca a un grupo desfavorecido o con baja representación (mujer, negro, discapacitado), aplica en su favor una medida de trato preferencial, denominada cuota flexible. Si hallándose los dos trabajadores, y aquél en situación de desventaja o infrarrepresentación posee capacidades menores al candidato del grupo dominante, y aun así es elegido, opera en su favor una medida preferencial o trato privilegiado denominada cuota rígida.

Ambas deben ser consideradas como medidas de discriminación inversa o positiva, ya que si se sigue la lógica que se ha seguido históricamente, sin la existencia de correctivos, en ambos supuestos será elegido el hombre a la mujer, el blanco al negro o al indio, el joven al viejo, el "sano" al discapacitado, etc. Ambas medidas tienden a revertir esta lógica y optan por la persona perteneciente a estos grupos, "discriminan" en el sentido inverso en que la discriminación habría operado normalmente, y así, ambas, las cuotas flexibles y las rígidas, los tratos preferenciales, constituyen discriminación positiva o inversa.

Toda aplicación legal de medidas de facilitación implicará una discriminación tolerada. La discriminación positiva consiste en la derogación parcial de la norma prohibitiva de discriminación o la reducción de su eficacia, con el fin de lograr que ciertos sectores de la población en situación de desventaja fáctica debido a ciertas características —raza, sexo, lengua, religión, cultura—, logren revertir a las desventajas ocasionadas por la discriminación. Estos correctivos, se ha aceptado, deben ser temporales, no se constituirán como derechos y no deben derivar en una nueva discriminación: "Mediante la concesión de oportunidades especiales a favor de dichos colectivos —yendo, pues, más allá de la igualdad de oportunidades aparentemente neutral—, se trataría de superar una situación de desigualdad fáctica que la mera igualdad formal no puede disolver".<sup>10</sup>

<sup>10</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 66.

Si bien la aplicación generalizada de estos mecanismos se establece bajo criterios étnicos o de género, su aplicación extensiva a otros criterios es posible y deseable. Al referirse a la acción afirmativa en los Estados Unidos a favor de los jóvenes afroamericanos en las universidades, bajo criterios exclusivamente raciales, Dworkin manifiesta: "*Affirmative action programs use racially explicit criteria because their immediate goal is to increase the number of certain races in these professions. But their long-term goal is to reduce the degree to which American society is overall a racially conscious society*".<sup>11</sup> Este mismo argumento puede aplicarse análogamente al caso de mujeres, discapacitados e indígenas: los programas de acción afirmativa y discriminación positiva pueden usar criterios de género, étnicos o culturales porque su meta inmediata será elevar la representación de estos grupos dentro de la sociedad, y así, a largo plazo, reducir el grado de conciencia de género, cultural o étnica —en sentido negativo— de la sociedad, es decir, reducir la discriminación hacia estos grupos y las falsas concepciones que la cultura dominante tiene sobre ellos.

Los mecanismos de la acción afirmativa implican no sólo la participación y hacer estatal, sino el del sector privado igualmente, al establecerse que si instituciones privadas o empresas no cumplen con cupos o cuotas determinadas perderán el acceso a créditos, contratos públicos, concesiones o incluso podrían ser objeto de sanciones administrativas. Por el contrario, su debido cumplimiento podría ser premiado con exenciones fiscales, preferencia a créditos o prerrogativas para concursos públicos.

Si bien, por naturaleza, la discriminación positiva, y en general, las medidas de facilitación, formalmente violentan el principio de igualdad formal, el rompimiento con éste tiene como fin alcanzar la igualdad material: "La formulación correcta, desde mi punto de vista, es que para hacer efectivo el principio de igualdad en su dimensión material, se pueden adoptar medidas que en algunos casos

<sup>11</sup> "Los programas de acción afirmativa usan criterios explícitamente raciales porque su meta inmediata es incrementar el número de ciertas razas en estas profesiones. Pero su meta a largo plazo es reducir el grado en el cual la sociedad americana es, sobre todo, una sociedad racialmente consciente". DWORKIN, Ronald, "Bakke's Case: Are Quotas Unfair", en *A matter of principle*, p. 294.

excepcionen o puedan vulnerar la otra dimensión del principio-derecho de igualdad, su dimensión formal".<sup>12</sup> La consecuencia de considerar invulnerable al principio de igualdad en sentido formal, tendría como consecuencia necesaria la perpetuación de la situación de desventaja y desigualdad que sufren varios sectores de la población, impidiendo por ejemplo, políticas sociales y de desarrollo social. La igualdad formal sólo puede considerarse absoluta ante igualdad de circunstancias, expresado en el axioma *igualdad para los iguales*.

### III. DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y SISTEMA DE CUOTAS

La oposición tradicional de muchos sectores conservadores a las políticas de acción afirmativa se debe, en la gran mayoría de los casos, al desconocimiento de los mecanismos de aplicación de éstas y a la confusión entre acción afirmativa y discriminación positiva o inversa. Habitualmente la oposición se centra en esta última.

La discriminación positiva o inversa funciona a través de un sistema de cuotas: las flexibles o cuotas por decisión y las cuotas rígidas o cuotas por resultados.<sup>13</sup> Las cuotas flexibles o de decisión, como hemos visto, implican el trato preferencial que se le otorga a los sujetos provenientes de los colectivos discriminados, y ante una situación de igualdad, será preferido aquél que pertenezca al sector desprotegido o menos representado. Las cuotas rígidas o por resultados, son aquellas que permiten que ante dos candidatos, se prefiera, sin valoración contextual alguna, a los miembros de sectores discriminados, miembros de minorías, mujeres, discapacitados o de cualquier otro grupo desfavorecido. La cuota por decisión radica en una preferencia no automática. Las cuotas por resultados son aquellas que otorgan un trato privilegiado, esto es, que otorgan una preferencia automática o absoluta, bajo cualquier circunstancia, de modo que un trabajador, por ejemplo, obtendría una plaza laboral o cargo que de otra manera no habría obtenido, por poseer menores capacidades o aptitudes respecto del resto de los candidatos.

<sup>12</sup> GARCÍA AÑÓN, *op. cit.*, pp. 324-325.

<sup>13</sup> Para el desarrollo de esta distinción véase GARCÍA AÑÓN, *op. cit.*

Ahora bien, las cuotas rígidas, debido a que operan mediante un automatismo irreflexivo deriva en una nueva discriminación —en su sentido negativo— y aunque lograría revertir la estructura discriminatoria tradicional, su aplicación es polémica y en algunos casos, prohibida. Las cuotas rígidas son aceptadas, por ejemplo, cuando se obliga a las empresas a contratar un porcentaje mínimo de mujeres o personas discapacitadas, independientemente de si del otro lado existía algún candidato con merecimientos para ocupar un puesto laboral. En los Estados Unidos, las universidades poseen cuotas rígidas para la admisión de negros, hispanos y otras minorías raciales.

El sistema de cuotas rígidas o por resultados es expuesto por Dworkin en el caso DeFunis,<sup>14</sup> en donde un estudiante judío es rechazado en la Universidad de Washington debido a las políticas de discriminación inversa, aunque habría sido admitido de ser chicano, afroamericano o indígena, ya que dicha universidad poseía distintos criterios de admisión, uno general y una cuota de admisión para ciertos sectores étnicos, por lo que el criterio de admisión que le quitó su plaza a DeFunis sería el racial, y no el intelectual o el de capacidades personales.

Las cuotas rígidas son rechazadas en otro contexto, en la Unión Europea, ya que se ha considerado que la preferencia automática de éstas es inaceptable, y requieren de la cláusula de apertura, esto es, la remisión a las cuotas flexibles, que requieren de contextualización y comparación. Así García Añón afirma: "...el criterio de preferencia no puede ser absoluto e incondicional, sino más bien que tiene que tener (sic) una justificación contextual y temporal". Es claro que la aplicación de cuotas rígidas, de preferencia automática, pueden derivar en su constitución como derechos absolutos y, por lo tanto, opuestos a la razón de ser de las políticas de acción afirmativa. Cabe señalar que esta oposición del derecho europeo se ha dado en el contexto laboral, como veremos más adelante, y no en el educativo.

Este tipo de cuotas rígidas que otorgan una preferencia automática son las que atraen la atención de los opositores de las políticas de acción afirmativa y generan su rechazo bajo el argumento de que se

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald, "La discriminación positiva", en *Los derechos en serio*, pp. 327-348.

trata de una nueva discriminación y una quiebra significativa del principio de igualdad. Esta es la crítica fundamental a la discriminación inversa: la aceptación legal de una aplicación desigual de la ley a favor de ciertos individuos, y por ende la discriminación de otros. La crítica liberal tradicional ha expresado que estos mecanismos son de naturaleza antiliberal pues van en contra del principio de neutralidad liberal del Estado. Sin embargo, filósofos liberales como Ronald Dworkin,<sup>15</sup> admiten la aplicación de la acción afirmativa aun reconociendo que va en contra de los principios liberales que él mismo sustenta: “*We have not succeeded in reforming the racial consciousness of our society by racially neutral means. We are therefore obliged to look upon the arguments for affirmative action with sympathy and an open mind*”.<sup>16</sup>

Debemos de aceptar, no obstante, que dadas las circunstancias de desventaja fáctica que sufren los miembros de muchos grupos sociales, es necesaria la implementación de mecanismos de este tipo para revertir los efectos negativos de la discriminación e intentar aumentar sus oportunidades de vida buena y de autonomía personal. Como lo advierte Bobbio: “No es superfluo, en cambio, reclamar la atención sobre el hecho de que, precisamente el objeto de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones, de partida, puede ser necesario para favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien, imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes... De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades”.<sup>17</sup>

Si bien no es éste el lugar para tratar la polémica de la constitucionalidad o moralidad de las medidas de acción afirmativa —aunque el debate se centra exclusivamente en la discriminación inversa—,

<sup>15</sup> Para un amplio análisis sobre la *Affirmative action* véase DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

<sup>16</sup> “No hemos tenido éxito en reformar la conciencia racial de nuestra sociedad por medios racialmente neutros. Por lo tanto, estamos obligados a ver los argumentos a favor de la acción afirmativa con simpatía y mente abierta”, DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 295.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 79.

debemos dejar constancia de que existe una fuerte oposición a estas medidas, y que éstas se dan tanto en el sector liberal-individualista como en el comunitarista: el liberal por considerar que existe una nueva discriminación, y por lo tanto, ruptura del principio de igualdad; el comunitarista por considerar que estos mecanismos son paternalistas y derivan en una nueva forma de discriminación por seguir considerando a los sectores beneficiados como incapaces o subdesarrollados, afectando la autoestima del grupo. En contra del argumento liberal podemos afirmar que esta “nueva discriminación” y ruptura del principio de igualdad se da precisamente para garantizar la vigencia de este principio, y que el fin de este principio no lo es solamente la igualdad formal, sino la material. En contra del argumento comunitarista se ha esgrimido un argumento de carácter utilitarista: si bien puede generar una nueva discriminación y afectar la autoestima del grupo, debe valorarse que estos serán siempre menores a los efectos de la discriminación tradicional.

La legitimidad de las políticas de acción afirmativa y de la discriminación positiva no está sujeta a discusión y han sido aceptadas plenamente por el derecho internacional. El artículo 1o., párrafo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece: “Las medidas especiales tomadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, de 1979, contiene en su artículo 4 una disposición idéntica.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dada en Niza el 7 de diciembre de 2000, establece en su artículo 23 relativo a la igualdad entre mujeres y hombres: “La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan

ventajas concretas en favor del sexo menos representado". De esta manera el derecho comunitario europeo reconoce y acepta expresamente las medidas de acción afirmativa limitadas a la cuestión de género, si bien los ordenamientos internos de los Estados miembros poseen disposiciones más amplias en beneficio de discapacitados y otros grupos sociales.

En México la LFPED establece en su artículo 5, en un homenaje al casuismo, que no se considerará discriminación:

- I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades.
- II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada.
- III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general.
- IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad.
- V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales.
- VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental.
- VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos.
- VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

El fundamento legal de la aplicación de las políticas de acción afirmativa no sólo está dado, sino que existe un acuerdo generalizado en el derecho internacional de la necesidad de su aplicación. Ya que las políticas de acción afirmativa tienden fundamentalmente a hacer eficaz el principio de igualdad, puede interpretarse que existe la facultad implícita de los Estados de aplicar estas políticas u otras semejantes para lograr la eficacia en el principio de igualdad y en el disfrute efectivo de derechos fundamentales, así, el artículo 2.2 del

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

La supremacía del derecho internacional sobre el nacional en materia de derechos humanos hereda a la materia antidiscriminatoria ese mismo principio y así se establece en el artículo 6 de la LFPED: *La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.*

A pesar de los cuestionamientos y los argumentos en contra podemos concluir que las políticas de acción afirmativa son deseables y que la discriminación positiva no puede ser considerada como una nueva discriminación —en sentido negativo—, siempre y cuando no generen derechos diferenciados para los distintos grupos y sean temporales. Las cuotas rígidas, gracias a su automatismo, pueden derivar en derechos diferenciados, aunque su aplicación sea temporal, mientras que las cuotas flexibles, que dan una preferencia en caso de igualdad de circunstancias, cumplen perfectamente con los parámetros determinados por las Convenciones contra la Discriminación señaladas. No obstante, aun si consideramos a la discriminación positiva como una nueva discriminación podríamos afirmar: "...aunque la realización de la igualdad efectiva pueda requerir la adopción de medidas discriminatorias, el objetivo último de estas medidas es enfrentarse a la discriminación. Por lo tanto, el principio de igualdad de oportunidades en que se fundamenta la acción-discriminación positiva no sólo es compatible, sino también complementario, con el principio general de no discriminación. Esto es, la igualdad formal y la sustancial no son antitéticas, sino complementarias".<sup>18</sup>

<sup>18</sup> OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 489-502.



A pesar de que las cuotas raciales y de género son las más conocidas, su aplicación puede y debe extenderse a los demás grupos sociales sujetos a discriminación y opresión. El sistema de cuotas ha sido exitoso al aumentar la cantidad de miembros de grupos discriminados en instituciones públicas y privadas, permitiendo una integración de los sujetos discriminados y una reapreciación de sí mismos, y por ende de su grupo social o minoría cultural. Las cuotas de género aplicadas en el ámbito de la Unión Europea dan fe de la capacidad que poseen para aumentar la representación femenina en cargos públicos y en el sector privado, disminuyendo la tradicional discriminación con motivo del sexo y provocando una reapreciación de la mujer fuera de los roles sexuales tradicionales.

Un ejemplo claro de la evolución del derecho antidiscriminatorio y de la aceptación de las medidas de discriminación positiva se dio en la Unión Europea con los casos *Kalanke* y *Marschall*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, dictó el 17 de octubre de 1995 la sentencia del caso *Kalanke*,<sup>19</sup> en donde el Tribunal rechazó la aplicación automática de una norma de discriminación positiva que concedía preferencia absoluta e incondicional a las mujeres en nombramientos o promociones laborales, considerando que se impedía la ponderación necesaria del caso particular y, por lo tanto, se discriminaba negativamente a los varones: "La adopción de medidas de discriminación positiva en favor de determinadas minorías no debe convertirse nunca, como afirma el tribunal, en un expediente fácil para excluir a nadie *a priori* sin antes examinar con objetividad cada solicitud o candidatura".<sup>20</sup> No obstante, dos años después, mediante la sentencia del caso *Marschall* del 11 de noviembre de 1997,<sup>21</sup> el Tribunal corrigió su postura aceptando la legalidad de las medidas de discriminación positiva siempre y cuando existiera una cláusula de apertura consistente en la existencia de una debida ponderación de cada caso particular —la exclusión del automatismo irreflexivo—, y en donde sería aceptada la preferencia a favor de la mujer "...salvo que concurran en la persona de

<sup>19</sup> *Kalanke vs Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93.

<sup>20</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 68.

<sup>21</sup> *Marschall vs Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95.

un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor..." Bajo este supuesto, en caso de idénticas capacidades de los dos candidatos, un hombre y una mujer, la debida ponderación tomaría también en cuenta el contexto y se fallará a favor de la mujer, debido a la tendencia general de preferir hombres que mujeres o debido a su baja representatividad laboral.<sup>22</sup> Se considera así, que las cláusulas de apertura son un requisito indispensable para seguir considerando como lícitas las medidas de discriminación positiva y tratamiento preferencial.<sup>23</sup>

Estas fluctuaciones jurisprudenciales son normales, y como lo hace notar Velasco Arroyo, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha usado la misma cláusula de igual protección (*equal protection clause*) para prohibir la segregación racial en las escuelas,<sup>24</sup> que para prohibir algunas medidas de discriminación positiva.<sup>25</sup>

Los Estados deberán aplicar el sistema de cuotas de la discriminación positiva en beneficio de minorías y pueblos indígenas. En México, por ejemplo, donde la población indígena se calcula asciende a un 9 o 10% de la población total, podrían establecerse cuotas para el acceso a educación superior y la función pública federal. Lo mismo en Estados Unidos o en todos aquellos países donde las minorías y pueblos indígenas oprimidos sufren de una baja representatividad laboral en las oficinas públicas y en el sector privado, cuyo mantenimiento perpetúa su exclusión social y su carácter de marginados: "Y justamente, la aplicación del principio de la *discriminación positiva* no tiene otro objeto que armonizar el principio genérico de igualdad con el reconocimiento jurídico del hecho minoritario".<sup>26</sup>

Las políticas de acción afirmativa son mecanismos que pueden extenderse y aplicarse según las necesidades locales, y no conside-

<sup>22</sup> "El TCJE ha reconocido la compatibilidad con el derecho comunitario de las normas nacionales de acción positiva relativas al establecimiento de preferencias siempre y cuando sean flexibles y cuenten con una 'cláusula de apertura'; esto es, cuando la preferencia por las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, no sea incondicional o absoluta", OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 489-502.

<sup>23</sup> Véase OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, *op. cit.*, p. 501.

<sup>24</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954).

<sup>25</sup> *DeFunis v. Odegaard*, 416 U. S. 312 (1974).

<sup>26</sup> ROULAND, Norbert, *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*, p. 198.

rarse exclusivas del debate racial o de género. Concluimos con García Añón: "En este sentido, y teniendo en cuenta los contextos sociales, políticos y económicos, se deben asegurar medidas de acción afirmativa, e incluso en algunos casos de discriminación inversa —aunque él identifique discriminación inversa con automatismo y cuotas rígidas— para todos los colectivos desfavorecidos, y no sólo para las mujeres: extranjeros, minorías étnicas, minorías lingüísticas, minusválidos... En relación al ámbito, también deben extenderse a otros distintos del laboral, como el económico en el sentido amplio, el político, el asistencial y el educativo. Por tanto, la extensión también debe realizarse en relación al objeto, no centrándose sólo en el género, sino permitiendo la entrada de otros factores como la etnia, e incluso la condición de 'grupo desaventajado', de forma genérica, sin que eso pueda suponer el engullimiento de los otros factores. En realidad hay que recordar que la razón de existencia de estas medidas se encuentra en la eficacia de la igualdad en sus dos dimensiones. La igualdad en la ley exige que los derechos fundamentales estén garantizados, y esta garantía supone una conexión entre los niveles normativos de concepto, validez y eficacia de los derechos".<sup>27</sup>

#### IV. DISCRIMINACIÓN POSITIVA, UTILITARISMO Y DERECHOS HUMANOS

El fin último de las medidas de discriminación positiva es lograr el goce igualitario de derechos, se encuentran en relación directa con los derechos fundamentales y su plena realización. Esta relación es evidente en el derecho europeo: "Así pues, el principio de la discriminación positiva aparece como condición *sine qua non* del derecho europeo de las minorías: le proporciona, simultáneamente, la justificación, el marco y el alcance". Y ante las críticas en contra de la discriminación positiva en el sentido de que se encuentra en oposición a los derechos humanos, Rouland afirma: "Efectivamente, en la medida en que no tiene otro objetivo más que estibar los derechos minoritarios dentro del sistema global de la protección de los derechos del hombre, al tiempo que preserva la especificidad de éstos,

<sup>27</sup> GARCÍA AÑÓN, José, *op. cit.*, pp. 336-337. El comentario es mío.

las disposiciones materiales que los constituyen mal podrían conformar un conjunto autónomo susceptible de hacer la competencia a las normas referentes a los derechos del hombre".<sup>28</sup>

No obstante, las medidas que protejan o promuevan el bienestar de los miembros de minorías y grupos sociales en desventaja y sujetos a la discriminación sólo deben ser aplicadas cuando éstos deseen que se adopten y siempre de acuerdo con las necesidades específicas del grupo, y no por la pertenencia a un grupo *per se*. Las medidas de discriminación positiva no pueden ser impuestas a los grupos minoritarios.

Asimismo, se debe evitar que las políticas de acción afirmativa no produzcan un efecto contrario al deseado: el aislacionismo en lugar de la integración.<sup>29</sup> Se debe tomar en cuenta la experiencia estadounidense respecto de la comunidad afroamericana. Con el surgimiento en la década de 1960 del movimiento reivindicativo denominado *Black Power* se animó a los afroamericanos a romper con la comunidad blanca y desarrollarse en sus propios barrios con su propia gente, en lugar de buscar una integración con la mayoría blanca. Este aislacionismo produjo una ghetización de la comunidad afroamericana y un cierto retraso económico. Paradójicamente, los afroamericanos con mayor desarrollo personal y profesional se relacionaron ampliamente con la comunidad blanca y se alejaron de la propia que les impide su desarrollo personal imponiéndole autoconcepciones falsas.<sup>30</sup> Por otro lado, también se han hecho algunas advertencias respecto de la discriminación positiva, ya que se ha señalado que "[e]n ningún caso deberían pasarse por alto las posibles consecuencias fatales de aplicar el factor étnico o de género pensando ingenuamente que siempre va a ser tenido en cuenta sólo para beneficiar a las minorías en desventaja: nada ni nadie nos garantiza desgraciadamente que, en manos de un grupo de ideología racista en el poder, el sistema de cuotas no fuera empleado precisamente en contra de esas minorías".<sup>31</sup>

Como lo comentamos anteriormente, gran parte de la discriminación que se da en nuestras sociedades se debe a una asignación tra-

<sup>28</sup> *Idem supra*.

<sup>29</sup> Insistimos que hablamos de integración en oposición a la asimilación u homogeneización.

<sup>30</sup> Véase YOUNG, Iris Marion, *op. cit.*, pp. 268-270.

<sup>31</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 68-69.

dicional de roles de la que es difícil desprenderse; el caso del otorgamiento de roles sexuales tradicionales a las mujeres es paradigmático. De la misma manera existen discriminaciones arraigadas en la propia sociedad e incluso una auto-aceptación de algunos miembros de los grupos discriminados. Por otro lado, la incapacidad para comprender al otro, la ignorancia de sus costumbres y tradiciones y una visión etnocentrista pueden impedir la aceptación de los inmigrantes o miembros de minorías. En este tenor, uno de los medios más efectivos para evitar la discriminación es la integración social alentada por medio de programas educativos que fomenten el reconocimiento y aceptación de las diferencias como una fuente de riqueza cultural y crecimiento personal. Estos programas, evidentemente, serían orientados preferentemente hacia la cultura mayoritaria, que posee los prejuicios y falsas concepciones del *otro*.

Como lo señala Velasco Arroyo, existen dos buenas razones a favor de la discriminación positiva: los argumentos retrospectivo y lo prospectivo: "Los argumentos de carácter retrospectivo inciden en que las medidas de trato preferencial deben ser consideradas como una compensación por daños indebidos recibidos en el pasado, que suponían graves violaciones del principio de igualdad de oportunidades. Por su parte, los argumentos de carácter prospectivo definen tales medidas en virtud de consecuencias supuestamente buenas al contribuir a equiparar oportunidades, así como a socavar los estereotipos raciales y sexuales".<sup>32</sup> De la misma manera Dworkin concluye que la discriminación inversa es aceptable porque es socialmente útil: "...en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal".<sup>33</sup> La discriminación positiva puede ser aceptada, en términos utilitaristas puros, porque la relación costo-beneficio se decide a favor de un mayor beneficio social o comunitario que compensa con creces el costo-agravio en perjuicio de los derechos individuales. En este mismo sentido se ha aplicado la doctrina del estricto escrutinio en materia constitucional (*strict scrutiny*) en los Estados Unidos por la cual

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>33</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 338.

se estudian todas aquellas leyes antidiscriminatorias cuidando que no exista una ruptura del principio constitucional de igual protección de la ley (*equal protection clause*): "It has become a cost-benefit test measuring whether a law that falls... squarely within the prohibition of the equal protection guarantee is justified by the specially important social gains that it will achieve".<sup>34</sup>

Más allá del punto de vista utilitarista, el argumento de los derechos fundamentales me interesa especialmente. Ningún derecho, se ha dicho, es absoluto, ya que el derecho en su ejercicio se acaba donde inician los derechos de los demás. Los derechos fundamentales frecuentemente entran en conflicto entre sí, por lo que un tribunal deberá decidir cuál de los derechos controvertidos deberá prevalecer bajo determinadas circunstancias.

La obligación fundamental del Estado es reconocer y garantizar el disfrute de derechos fundamentales de sus gobernados, y procurar, mediante políticas sociales adecuadas, que todos gocen de un nivel de igualdad material mínimo que les permita el goce igualitario de derechos. La acción afirmativa y sus instrumentos, la discriminación positiva en concreto, son políticas públicas tendientes a lograr una igualdad material entre las personas de manera que éstas puedan gozar plenamente de sus derechos fundamentales. Así, una política pública que afecte eventualmente algunos derechos de unos cuantos, deberá ser aceptada en virtud de que su intención primordial es lograr nivelar las desventajas fácticas de determinados sectores sociales, minorías o pueblos indígenas, que han sufrido discriminación, abandono u opresión, y por lo tanto han carecido de derechos fundamentales. A pesar de que el argumento utilitarista parece subyacer, la justicia social y los derechos humanos deben ser su verdadero motor.

Las excepciones o limitaciones de derechos fundamentales tienden al beneficio de aquellos colectivos que han sufrido históricamente una merma real en esos mismos derechos, producto de estructuras políticas y sociales altamente discriminatorias. Independientemente

<sup>34</sup> "La cláusula de igual protección... se ha convertido en un examen costo-beneficio que mide si una ley que cae... dentro de la prohibición de la garantía de igual protección, es justificada por los beneficios sociales, especialmente importantes, que podrá lograr". RUBENFELD, Jed, "Affirmative Action", en *The Yale Law Journal*, vol. 107, nov. 1997, pp. 427-472.

de la controversia entre derechos, la confrontación entre derechos individuales y bien común es materia bien conocida por el Estado, por lo que no nos debe asustar la aplicación de los instrumentos de la acción afirmativa: “No hay nada de paradójico, por cierto, en la idea de que en ocasiones el derecho individual a igual protección pueda entrar en conflicto con otra práctica social en otros aspectos deseable, incluso con la que tiende a establecer una mayor igualdad global en la comunidad”.<sup>35</sup>

Otro de los grandes beneficios de la discriminación positiva, más allá del beneficio al grupo favorecido o al entorno en el que éste se encuentra, es el de la concienciación de la sociedad civil: “Hasta el momento, dichas medidas (de discriminación positiva) han logrado ya transmitir la idea de que lo político no puede seguir basándose en una supuesta homogeneidad cultural ni, por tanto, concebirse sin la consideración de las señas simbólicas de identidad colectiva. Esto representa, sin duda, uno de los cuestionamientos contemporáneos más radicales de los fundamentos normativos de las teorías clásicas de la democracia”.<sup>36</sup> En efecto, en tanto las medidas de acción afirmativa y discriminación positiva se generalicen y normalicen —en sus dos acepciones, como normas y como habituales—, la sociedad civil tomará conciencia de las discriminaciones vedadas e inconscientes que el *status quo* impone en contra de otros sectores de la población, y consecuentemente, un cambio de actitud y conducta operará favoreciendo a la sociedad en su conjunto.

Para Ferrajoli la discriminación ha ido evolucionando, y si bien los factores raciales o de género fueron los factores decisivos, ahora la discriminación pasa fundamentalmente por el concepto de ciudadanía: “En la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatalista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídi-

<sup>35</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 331.

<sup>36</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 70.

ca”.<sup>37</sup> Y es que el “molde estatalista de la ciudadanía”, ha determinado históricamente el goce de derechos de sus gobernados, y por lo tanto su inclusión o exclusión social: “Pero han sido siempre las tres identidades —de persona, ciudadano y capaz de obrar— las que han proporcionado, cierto que con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad”.<sup>40</sup>

Ciertamente, en una sociedad altamente dividida por razas, etnias, nacionalidades o religiones —y actualmente, dividida entre nacionales e inmigrantes, y éstos en legales e ilegales—, la inclusión social pasa fundamentalmente por la figura de la ciudadanía. Una ciudadanía tal que reconozca como iguales en derechos a todos sus gobernados y que les dé la posibilidad de participar políticamente y hacerse oír ante las autoridades estatales. La ciudadanía será ahora el factor que determine el goce o ausencia de derechos, la igualdad de oportunidades o de trato. Quien no sea ciudadano carecerá de derechos y formará parte de los excluidos, víctimas de la discriminación *republicana*.

## V. CONCLUSIONES

El principio de igualdad de derechos, igualdad de trato o igualdad de oportunidades, es insuficiente para eliminar la desigualdad fáctica, a menos de que se establezcan medidas y acciones tendientes a compensar y revertir la discriminación y exclusión producidas por prácticas y estructuras sociales. Estas medidas, tales como la discriminación positiva tenderán finalmente a lograr un goce equitativo de derechos y a acabar con las desventajas fácticas que históricamente han padecido los grupos sociales más desprotegidos. Sin embargo, estas medidas, así como el goce de derechos fundamentales, el reconocimiento y la protección constitucional constituyen tan sólo míni-

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 24.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 24.

mos que deben gozar las minorías y pueblos indígenas para alcanzar derechos más amplios que les permitan garantizar su existencia dentro de un clima de respeto, tolerancia e inclusión en un proyecto político común compartido con el resto de las culturas estatales: La aplicación de la acción afirmativa y sus mecanismos, más allá de constituir materia constitucional, forman parte del debate de filosofía moral, o, precisamente por formar parte del debate de filosofía moral, constituyen materia constitucional.

1. Véase, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de Chile, que establece el principio de igualdad ante la ley. Véase también el artículo 20, que establece el principio de igualdad de oportunidades.

2. Véase, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de Chile, que establece el principio de igualdad ante la ley. Véase también el artículo 20, que establece el principio de igualdad de oportunidades.

3. Véase, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de Chile, que establece el principio de igualdad ante la ley. Véase también el artículo 20, que establece el principio de igualdad de oportunidades.