Acciones afirmativas

Mario Santiago Juárez
COORDINADOR

Primera edición: 2011
© 2011 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Dante 14, col. Anzures,
del. Miguel Hidalgo,
11590, México, D.F.

Diseño y formación:
Paula Montenegro

ISBN 978-607-7514-25-1

Se permite la reproducción total o parcial
del material incluido en esta obra, previa
autorización por escrito de la institución.

Ejemplar gratuito. Prohibida su venta.

Impreso en México *Printed in Mexico*

CONTENIDO

7 *Agradecimientos*

9 *Introducción*
Ricardo Bucio Mújica

11 *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*
Michel Rosenfeld

65 *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*
Fernando Rey Martínez

127 *El concepto de* medida de acción positiva *en el ordenamiento jurídico comunitario y su aplicación al derecho español*
Elisa Sierra Hernáiz

153 *Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿acciones positivas o medidas de igualación positiva?*
David Giménez Glück

177 *Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*
Alfonso Ruiz Miguel

195 *Igualdad y acciones afirmativas en el ámbito de la educación a favor de indígenas en México*
Mario Santiago Juárez

215 *Pobreza y acciones afirmativas*
Carlos de la Torre Martínez

233 *Resumen curricular de los autores*

AGRADECIMIENTOS

Debo señalar que la idea de compilar artículos sobre las acciones afirmativas fue de Miguel Carbonell, con quien trabajé en la concepción de este libro y quien gestionó su publicación. En un libro como éste, el coordinador está siempre en deuda con los autores; en este caso, además estoy profundamente agradecido, en primer lugar porque aceptaron con entusiasmo la invitación a colaborar presentando un ensayo, en segundo lugar porque lo hicieron con obras excepcionales que, estoy seguro, mucho abonarán a la cultura jurídica sobre el tema. Tengo que agradecer también el apoyo en la traducción del texto de Michel Rosenfeld a Carla Pratt Corzo, quien tomó el borrador en un estado primigenio y en poco tiempo me entregó la versión que aquí se presenta. Agradezco también al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en particular a Ricardo Bucio Mújica, a Marcela Azuela y a Valeria Berumen por su apoyo brindado para la publicación de esta obra.

Mario Santiago Juárez

INTRODUCCIÓN

Parecería que hablar de trato preferencial para garantizar la igualdad es una oposición de términos; sin embargo, en el contexto de la no discriminación, este posible dilema resulta además de lógico, necesario y, hasta cierto punto, justificado.

Las acciones afirmativas sólo pueden entenderse en el contexto de la discriminación, que, al estar basada en estereotipos y prejuicios, define relaciones desiguales injustificadas, de modo que algunas personas o grupos pueden disfrutar de sus derechos mientras a otras les son negados. Los hábitos que se derivan de esto reproducen relaciones jerárquicas fundamentadas en una cultura de ventajas para algunas personas, al tiempo que mantienen al margen del desarrollo y la justicia real a otras, con lo que la desigualdad se perpetúa incluso a través de generaciones.

Para definir nuevas relaciones basadas en el reconocimiento de la dignidad humana, es necesario que quienes han sido excluidos del acceso a derechos y oportunidades puedan acceder a ellos; con este fin, se deben aplicar medidas que les den trato preferencial hasta que puedan disfrutar de sus derechos y realizar a plenitud sus planes legítimos de vida. En una sociedad donde todas las personas pueden ejercer sus derechos en igualdad, la competencia por los bienes escasos debe iniciar desde el mismo punto de partida para todas las personas, y el sentido de las acciones afirmativas se debe comprender en este contexto.

Los siete ensayos de este libro parten de la comprensión de que para lograr igualdad de oportunidades deben tomarse acciones firmes –impulsadas por el Estado o la sociedad de modo que personas y grupos que sufren desventajas sociales accedan a bienes escasos. De esta forma, el trato preferencial a través de acciones afirmativas cobra sentido, pero con la salvedad de que se les considere como la vía posible y temporal para lograr la igualdad efectiva.

Estas acciones llegan a cuestionarse porque trastocan principios considerados comúnmente justos; es el caso del mérito que opera en la distribución de determinados bienes. Bajo este criterio, se considera justa la existencia de mecanismos diseñados para determinar qué personas se encuentran mejor calificadas para ocupar un espacio de trabajo.

Las acciones afirmativas toman en cuenta las características de las personas o grupos que han recibido un trato desigual para favorecerlas en los mecanismos de distribución de bienes escasos con el fin de generar situaciones que permitan el desarrollo de condiciones igualitarias y, en este sentido, están cimentadas en el terreno de la igualdad y la justicia, no en el libre mercado ni la competencia.

En Acciones afirmativas se abordan conceptos como pobreza, igualdad de resultado e igualdad de oportunidad en relación con las acciones afirmativas, pero también la función de éstas, por ejemplo, al establecer cuotas de género para cargos de elección popular y sus consecuencias con la libertad de voto y la democracia. Además, en los ensayos se estudian las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, la discriminación contra las mujeres, por origen étnico y racial, hacia personas con discapacidad y migrantes.

Este libro es una herramienta fundamental para comprender la relevancia de las acciones afirmativas, aun dentro de la polémica que pueden propiciar sus posiciones sobre la justicia. Por esta razón, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación celebra la publicación de materiales que allanan el camino para construir una sociedad más justa desde una visión basada en la igualdad. En ellos se explican y vislumbran opciones para sacar de la marginación y la desigualdad a personas que sistemática e injustificadamente han estado excluidas del desarrollo, del acceso y efectivo ejercicio de sus derechos.

Ricardo Bucio Mújica
Presidente del Consejo Nacional
para Prevenir la Discriminación

CONCEPTOS CLAVE Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ANÁLISIS DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS*

Michel Rosenfeld

Se quiera o no que las nociones filosóficas de *justicia* e *igualdad* y las restricciones constitucionales impuestas por la cláusula constitucional de igualdad justifiquen las acciones afirmativas no legitimadas, la discriminación de primer orden dependerá del significado de conceptos clave como *justicia*, *igualdad* y *acción afirmativa*. Sin embargo, el significado de dichos términos está lejos de determinarse de forma definitiva. A esto hay que agregar que muchas variables afectan la validez de los argumentos filosóficos a favor y en contra de las acciones afirmativas. Por ello, es importante dar una definición de los términos y conceptos clave, así como delimitar cuidadosamente el campo de análisis. Por lo tanto, en este trabajo ofreceré las definiciones de conceptos clave y analizaremos las distinciones entre *justicia distributiva*, *justicia compensatoria* y *justicia procesal*, así como, entre *igualdad de resultados* e *igualdad de oportunidades*, y entre *igualdad formal de oportunidades* y *justa igualdad de oportunidades*. Asimismo, delimito el alcance del análisis a través de una serie de suposiciones acerca de ciertas variables que me permitan mayor atención en los principales y más polémicos aspectos filosóficos relacionados con las acciones afirmativas.

El concepto de *igualdad*, quizá, más que cualquier otro, se ha vuelto cada vez más difícil de encontrar, debido a que su creciente papel prescriptivo tiende a oscurecer la naturaleza y el alcance de sus usos descriptivos. Desde el siglo XVIII casi todos los sistemas sociales se refieren a la igualdad como un valor positivo.[1]

* Michel Rosenfeld, "Definition of Key Concepts and Delimitation of Scope of Analysis", en *idem, Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry,* Londres, Yale University Press, 1991, pp. 11-51. Traducción de Mario Santiago Juárez y Carla Pratt Corzo.

[1] Ferenc Fehér y Ágnes Heller, "Forms of Equality", en Eugène Kamenka y Alice Erh-Soon Tay, *Justice*, Nueva York, St. Martin's Press, 1980, p. 152.

Sin embargo, de la mano de este extenso alcance de la igualdad, como un valor positivo deseado, viene el aparente desvanecimiento de su significado.[2] De acuerdo con esto, no es sorprendente que la sola idea de igualdad haya sido atacada por considerársele vacía,[3] lo cual ha sido invocado tanto por los defensores como por los oponentes de las acciones afirmativas.

Sin embargo, sería un grave error considerar el concepto de igualdad como vacuo. Como señala Gutmann: "una vez que se especifica un contexto, un propósito y un marco conceptual, los significados pertinentes de igualdad se vuelven más limitados y el concepto de igualdad toma importancia respecto de nuestras preocupaciones normativas en filosofía política".[4] Con esto en mente intentaré reducir el rango de significados sobre la igualdad y otros conceptos, con el propósito de evaluar la acción afirmativa, especificando un contexto adecuado, un propósito y un marco conceptual. El contexto de referencia es la sociedad contemporánea en Estados Unidos. El propósito, la evaluación de la legitimidad de las acciones afirmativas frente al rechazo de la discriminación de primer orden, de conformidad con el derecho constitucional a la igualdad. Por último, el sistema conceptual deberá ser la teoría liberal.

Reducir el rango de posibles significados para conformar un concepto clave manejable, no necesariamente llena la brecha entre la teoría y la práctica. Para ejemplificar esto, supongamos que compartimos el mismo marco conceptual, y estamos de acuerdo con la siguiente propuesta teórica de Dworkin: "el gobierno […] tiene una responsabilidad abstracta de tratar el destino de cada uno de los ciudadanos, con la misma importancia".[5] Dworkin señala más adelante que: "las concepciones o teorías sobre la igualdad, que son rivales, son respuestas opuestas a la pregunta de qué sistema de propiedad cumpliría mejor ese estándar". Por ejemplo, Dworkin establece que "las concepciones liberales de la igualdad suponen que las personas tienen derechos 'naturales' sobre cualquier propiedad que han adquirido a través

[2] Amy Gutmann, *Liberal Equality,* Cambridge, Cambridge University Press, 1980, pp. ix-x.

[3] Peter Western, "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review,* vol. 95, núm. 3, enero 1982, p. 537- 596.

[4] Gutmann, *op. cit. supra* n. 2, p. x.

[5] Ronald Dworkin, *Law's Empire,* Cambridge, Belknap Press-Harvard University Press, 1986, pp. 296. Traducción al español: *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988.

de ciertas formas económicas y el gobierno tratará como iguales a los individuos cuando éste deba proteger su posesión y permitirles el disfrute de su propiedad".[6] Por el contrario, las concepciones basadas en el bienestar, de acuerdo con Dworkin, "niegan cualquier derecho natural a la propiedad e insisten en que el gobierno debe producir, distribuir y regular la propiedad para lograr resultados definidos por algunas funciones específicas de la felicidad o del bienestar de los individuos".

Para determinar cuál de las concepciones de igualdad, si la *liberal* o la de bienestar, será más adecuada para satisfacer la responsabilidad abstracta del gobierno, mencionada por Dworkin, debemos cumplir al menos dos tareas. Primero, el marco conceptual tendría que ser lo suficientemente elaborado para permitir un entendimiento más preciso de la concepción de que el gobierno confiere la misma importancia al destino de cada ciudadano. Segundo, después de haber alcanzado un entendimiento más preciso, será necesario comparar los posibles resultados prácticos si se realizara una intrumentación real de cada una de estas concepciones de la igualdad. Sólo con dicha comparación será evidente cuál de las concepciones sobre igualdad, si la liberal o la de bienestar, es la más adecuada para fomentar un trato igualitario por parte del gobierno, para cada ciudadano que se encuentre bajo las mismas circunstancias históricas.

La brecha entre igualdad en la teoría y en la práctica, puede llenarse gracias a la aplicación de una "gramática estructural de la igualdad". De hecho, al realizar un "término medio" entre teoría y práctica,[7] la estructura gramatical de la igualdad elaborada por Rae puede ayudar a determinar las consecuencias de las concepciones teóricas rivales sobre la igualdad. Para comprenderlo, debemos enfocarnos primero en el pensamiento central de Rae, el cual establece que al tránsito de la teoría a la práctica, le corresponde un movimiento de la igualdad a las igualdades.[8] De manera general, en cualquier universo sociocultural complejo, la aplicación de una concepción teórica de igualdad, no promueve la igualdad en general, sino ciertas igualdades particulares que están necesariamente acompañadas por las desigualdades correlativas.

[6] *Ibidem,* p. 297.

[7] Douglas Rae, Douglas Yates *et al., Equalities,* Cambridge, Harvard University Press, 1981, pp. 14-15.

[8] *Ibidem,* p. 19.

Para ilustrar este último punto, supongamos que una teoría particular de la igualdad requiere que individuos que se encuentran dentro de una determinada sociedad sean tratados con igualdad de acuerdo a sus méritos. En esa sociedad, una parcela del mismo tamaño deberá ser recibida por todos aquellos cuyo mérito sea similar. Además, como corolario, parcelas desiguales deberán ser recibidas por aquellos cuyos méritos son desiguales, entregándose una parcela mayor a personas con mayores méritos y una más pequeña para aquellos con menores méritos. Ahora, supongamos que las necesidades individuales de los miembros de esta sociedad no necesariamente corresponden a un mérito personal, así es que, dos personas que tengan las mismas necesidades, posiblemente, serán desiguales en cuanto a sus méritos. En este caso, la igualdad de acuerdo con los méritos será totalmente desigual con las necesidades. De forma general, en palabras de Rae "debido a los antagonismos entre una igualdad y otra siempre habrá algunas desigualdades". Para cualquier sociedad con una estructura compleja, "habrá elecciones entre diversas igualdades, dejando por lo tanto algunas igualdades fuera de ésta".[9]

Es importante especificar las propuestas formuladas pertinentes y dar una descripción de igualdades y desigualdades particulares, que serán apoyadas por teorías rivales. Esto haría posible determinar sistemáticamente cuál de esas teorías rivales (si acaso hay alguna) será capaz de guiar a la realización de ciertos objetivos que fueron prescritos. En el caso en estudio, en particular, una cantidad apropiada de igualdades prescriptivas y descriptivas son esenciales para determinar si será o no consistente con las presuposiciones determinadas que se encuentran detrás de la cláusula de protección igualitaria, así será posible establecer una teoría filosóficamente coherente que legitime el uso público de la acción afirmativa.

[9] *Ibidem,* p. 144.

DEFINICIÓN Y ESPECIFICACIÓN DE TÉRMINOS CLAVE Y CONCEPTOS

Justicia, igualdad, igualdades y desigualdades

Desde la Grecia antigua, la justicia ha sido equiparada con la igualdad.[10] Por otro lado, en palabras de Owen Fiss, la cláusula constitucional de protección igualitaria de la ley "ha dado un estatus constitucional al ideal de igualdad".[11] Además, tanto los proponentes judiciales como los oponentes de las acciones afirmativas han buscado justificar sus respectivas posiciones con referencia o adherencia al ideal de la igualdad.

No hay acuerdo entre los filósofos con respecto al significado de *justicia sustantiva*. Sin embargo, Perelman ha articulado un principio de justicia formal diseñado para ser consistente con todas las concepciones plausibles de justicia sustantiva. De acuerdo con él, la justicia formal es "un principio de la justicia en relación con el cual, los seres dentro de una misma categoría deben ser tratados de la misma manera".[12] El principio de justicia formal requiere un trato igualitario aplicable a todos aquellos que se encuentren en condiciones de igualdad y, como corolario, un trato desigual para aquellos que no son iguales; es decir, los iguales serán tratados como iguales y los desiguales de forma desigual. Debido a que estos principios no dan un criterio para determinar quién es igual con quién o respecto a qué, una persona puede ser igual que otra; esto es, como Perelman apunta, reducible al principio de consistencia.[13] Por consiguiente, el principio de justicia formal de Perelman parece ser compatible también con un criterio sustantivo que establece un trato desigual a las personas atendiendo a su raza

[10] Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, 1958, p. 268.

[11] Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, Thomas Nagel y Thomas Scanlon (coord.), *Equality and Preferential Treatment,* Princeton, Princeton University Press, 1977, p. 85.

[12] Chaim Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963, p. 161.

[13] *Ibidem*, pp. 21-22.

o sexo, así como con un criterio diametralmente opuesto que establece que las meras diferencias de raza o sexo no justifican el trato desigual a las personas.

La cláusula de igualdad, por otro lado, se presenta, al menos, como una forma de elevar la obediencia del principio de justicia formal al rango de una obligación constitucional. En palabras del ex presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, Renhquist: "La cláusula de igualdad no significa que todas las personas deben ser tratadas del mismo modo. Mejor dicho, su principio general es que la persona situada como similar debe ser tratada de forma similar". Además, como señala el mismo Rehnquist, uno de los principales objetivos de los redactores de la Enmienda XIV era invalidar las clasificaciones raciales usadas como fundamento para tratar a los negros como inferiores de los blancos. Sin embargo, estas especificaciones, no dan una base suficiente para determinar la constitucionalidad de las acciones afirmativas. Sin mayor elaboración, no permiten determinar si ciertos beneficiarios de la acción afirmativa lo han hecho con propósitos pertinentes, similares a los no beneficiados. Además, la prohibición contra el uso de las clasificaciones raciales para tratar a los negros como inferiores no aboga, *prima facie,* en favor o en contra de las acciones afirmativas, involucrando una preferencia creada para beneficiar a los negros.

Desde que se realizó una combinación de la adhesión al principio de justicia formal y el repudio de la discriminación de primer orden, no se puede establecer la justicia de las acciones afirmativas, sino que es necesario apelar a los principios de justicia sustantiva. La aplicación de la gran mayoría de principios de justicia sustantiva inevitablemente tendrá como consecuencia el establecimiento de un grupo complejo de igualdades particulares que se encontraran en oposición a otras desigualdades particulares.[14] Más adelante sostendré que el concepto de justicia no es monolítico, sino que abarca nociones diversas, como justicia de asignación, justicia de compensación, y justicia procesal. Como consecuencia de la naturaleza compleja de los conceptos de justicia e igualdad, la cláusula de igual protección, como señala Fiss, no puede cumplir su misión constitucional de implementar el ideal de igualdad sin adoptar un principio mediador adecuado.[15]

[14] Rae *et al., op. cit. supra* n. 7, p. 130.

[15] Fiss, *op. cit. supra* n. 11.

Comprender mejor las similitudes entre las relaciones de igualdades y desigualdades es esencial para una evaluación sistemática de la justicia de la acción afirmativa. Como se ha indicado, en cualquier universo complejo –así como en uno en que los sujetos se clasifican en términos de méritos y necesidades– las igualdades parecerán indisolublemente ligadas a las desigualdades en un proceso de mutua determinación. Asimismo, al hacerse más complejo el universo pertinente, será posible distinguir entre un gran número de clases de sujetos y la implementación de principios oportunos de justicia sustantiva será equivalente a producir un gran número de igualdades, con sus correspondientes desigualdades. En dicho universo, deberán realizarse diversas elecciones, no sólo entre igualdades, sino también en cuanto a los sujetos adecuados de igualdad, el ámbito correcto de la igualdad, los ámbitos adecuados de medición y asignación, así como los objetivos que se persiguen en las políticas de igualdad en términos de promover ésta en nivel marginal o global. Para comprender mejor estos términos, introducidos por Rae, haré un breve informe de cada uno, en el contexto de sus roles en la gramática estructural de la igualdad.

El sujeto de igualdad es determinado por la respuesta a la pregunta *¿quién es igual a quién?*[16] Hay dos posibles respuestas a esta interrogante. La primera es que cada individuo, miembro de una clase pertinente, es igual a cualquier otro individuo miembro de esa clase. Esto significa que el individuo es el sujeto de igualdad; por lo tanto, para usar la expresión de Rae, "la igualdad respecto al individuo" estará relacionada. Un ejemplo de igualdad individual se da en el principio de "una persona, un voto", el cual define una clase constituida por quienes son ciudadanos; esto concede a cada individuo perteneciente a dicha clase el mismo derecho a votar, como a cualquier otro miembro de dicha clase.[17]

El segundo sujeto plausible de igualdad es el *grupo*.[18] Una vez que se ha definido la clase de todos aquellos que deban ser tratados por igual, entonces, en contraste con los casos de igualdad individual, la igualdad no será entre individuos sino entre *subclases*.[19] Para ilustrar esto, supongamos que hay una clase de cien personas divi-

[16] Rae *et al., op. cit. supra* n. 7, p. 10.
[17] *Ibidem*, p. 21.
[18] *Ibidem*, p. 20.
[19] *Ibidem*, p. 32.

didas en dos subclases de cincuenta personas cada una, S1 y S2. Además, asumamos que hay doscientos lotes de bienes G, iguales entre sí, disponibles para repartir entre las clases. La igualdad de grupo quedaría satisfecha si S1 y S2 recibieran 100 bienes G. Sin embargo, la igualdad de grupo permanecerá satisfecha, no así la igualdad individual, sin importar cuál sea la distribución particular de los bienes G, hecha por cada subclase, entre sus propios miembros. Por lo tanto, la igualdad grupal es tan compatible con la distribución igualitaria *dentro* de cada subclase, así como será con la distribución igualitaria en una subclase pero no en la otra (por ejemplo, dos bienes G, para cada miembro de S1, un bien G para la mitad de los miembros de S2, y tres bienes G para la otra mitad de los miembros de S2) y con una distribución desigual, dentro de ambas subclases.

Como se demuestra en el ejemplo, la igualdad grupal bien puede producir desigualdades entre los miembros de diferentes grupos. Este sería el caso si el grupo S3 tuviera cincuenta miembros, el grupo S4 cien miembros, cada grupo recibirá cien lotes de G y cada uno de ellos, se adhiere a una regla de distribución por igual entre sus miembros. Bajo esas circunstancias cada individuo, miembro de S3 va a recibir dos bienes G, mientras que cada miembro de S4 recibirá sólo un bien G. Además la igualdad individual produce desigualdad grupal cuando, los grupos relacionados son de diferentes tamaños. Por lo tanto, si cada individuo recibe un bien G y el grupo S5 está compuesto por cien individuos, pero el grupo S6 de sólo cincuenta, S5 recibirá el doble de bienes G de los que recibirá S6.

Si asumimos un acuerdo en un tema particular de la igualdad, la siguiente tarea lógica parece ser requerir la determinación de lo que Rae llama "ámbito de la igualdad". De acuerdo con la definición de Rae, el ámbito de la igualdad se refiere a las "clases de cosas que se distribuyen de igual manera". Un ámbito de la igualdad puede ser amplio o reducido. Tomando dos ámbitos cualquiera, ámbito I y ámbito II, Rae estipula que "el ámbito I será amplio en relación al ámbito II, primero si todo lo que se encuentra en el ámbito II se encuentra también en el I, y, segundo, algunas de las cosas que se encuentran en el I, no están en el II". Por lo tanto, si el ámbito I consistiera de 100 toneladas de oro y un cacahuate y el ámbito II de 100 toneladas de oro, el ámbito I sería amplio en relación al dominio II.[20]

[20] *Ibidem*, pp. 45-46.

Rae argumenta que la distinción entre los ámbitos de igualdad, amplio y reducido, enfatiza una dificultad persistente confrontada por todos los que han propuesto igualdad, desde Locke. Como Rae indica, Locke defiende la igualdad de los derechos individuales antes que el Estado, pero, finalmente, rechaza cualquier derecho a una asignación igual de los bienes, susceptible de ser dividida entre partes iguales con propósitos de asignación, a los individuos relacionados, respecto a una clase específica de sujetos.[21] Una vez que se defiende la asignación por igual de *ciertas* clases de cosas, surge la pregunta: ¿por qué solamente esas clases de cosas y no otras clases de cosas?, ¿por qué no *todas* las clases de cosas? Además, de acuerdo con Rae, prácticamente ninguno de los pensadores políticos, ha apoyado seriamente la premisa "todo igual en el mundo, para todos, en el mundo".[22] Estas difíciles preguntas se plantean en un amplio espectro de pensadores políticos, desde Nozick hasta Marx.

Es obvio que la gramática estructural de igualdad de Rae no provee, por sí misma, los elementos para justificar la elección entre un ámbito amplio o reducido de la igualdad. Además, aun cuando todos los partidarios de la igualdad compartieran una concepción esencial similar, a los niveles más altos de abstracción, dicha justificación continuaría siendo contingente sobre las diversas concepciones teóricas intermedias, que podrían servir como vehículos para la implementación de principios abstractos a los que por fin se llegue en acuerdo.

No obstante, el concepto de Rae sobre el ámbito de la igualdad y su articulación de criterios hacen posible clasificar dichos ámbitos, de acuerdo con su amplitud, aportan una importante herramienta analítica, ya que facilitan la comparación de teorías políticas aparentemente irreconciliables. Por ejemplo, los defensores del libre mercado (que corresponden *grosso modo* a los "conservadores" norteamericanos), argumenta Rae:

> no son tan antiigualitarios así como son muy poco igualitarios. Milton Friedman, Murray Rothboard y Robert Nozick, no se oponen a la igualdad, desde el propio centro de su corazón la súplica es universal –es decir, igual– la distribución de los derechos

[21] *Ibidem*, p. 47.
[22] *Ibidem*, pp. 48, 166.

> formales de propiedad y ciertos derechos políticos y civiles. No obstante, se oponen a la ampliación de la igualdad más allá de los reducidos límites de este ámbito.[23]

En contraste, Rae argumenta más adelante:

> las ideologías de izquierda, sin importar cuán variadas sean respecto a otros aspectos, buscan ampliar el ámbito donde se aplique la igualdad. Todas las formas del pensamiento marxista se oponen a la igualdad reducida. Marx y sus sucesores, argumentan que la igualdad reducida deja al débil a merced del fuerte, y esto permite al fuerte usar una forma de igualdad para cubrir y justificar la desigualdad de acumulación y explotación.[24]

Sobre la base de este análisis, Rae concluye que es más exacto caracterizar el conflicto ideológico entre los defensores del libre mercado y los marxistas, como un conflicto entre "igualdad reducida" *versus* "igualdad amplia", más que como un conflicto entre "libertad" e "igualdad".[25] Por último, aunque esto puede no ser tan evidente hasta este punto, la amplitud de los ámbitos relevantes de asignación parece tener un impacto en la decisión de si se quiere justificar o no la acción afirmativa, así como a que se extienda. Por lo tanto, un ámbito muy reducido de igualdad, restringido a los derechos formales de propiedad parecerá mucho menos compatible con la acción afirmativa de lo que parecen los ámbitos amplios.

Se debe analizar la mención de un par de distinciones adicionales de Rae en el curso de su elaboración de gramática estructural de igualdad. La primera es entre el "ámbito de asignación" y el "ámbito de informe". Rae define el ámbito de asignación como "el tipo de cosas que un cierto agente (o agencia) controla actualmente con el propósito de distribución". Además, añade: "el ámbito de asignación *define el rango de recursos con el cual un agente determinado, puede actuar sobre una exigencia de igualdad*. Ninguna demanda de igualdad podrá ser significativamente atribuida a un agente que no controle ningún medio para su satisfacción" (cursivas en el ori-

[23] *Ibidem*, p. 47.
[24] *Ibidem*, pp. 47-48.
[25] *Idem*.

ginal). Por otro lado, Rae define el "ámbito de justificación" como "el tipo de cosas sobre las cuales un cierto orador busca igualdad". Además enfatiza una distinción entre el ámbito de asignación y el de informe: "Un ámbito de asignación es usado por el agente a quien se le dirige una demanda de igualdad, y un ámbito de justificación es esgrimido por el agente que presenta la demanda". De acuerdo con esta distinción, un ámbito de asignación puede o no "cubrir" un cierto ámbito de justificación.[26] Por lo tanto, supongamos, por ejemplo, que el ámbito de justificación involucra una demanda de igualdad en la educación para todos los niños de un cierto país, y que el agente de asignación a quien se dirige esa demanda es el gobierno de ese país. En ese caso, el ámbito de asignación cubriría el ámbito de justificación si el gobierno poseyera suficientes recursos para proveer de la misma educación a todos los niños en el país. Sin embargo, si el ámbito relevante de asignación no abarca todos los recursos requeridos, entonces, éste fallaría en cumplir con el ámbito de justificación. Por ejemplo, si la constitución del país en cuestión, prohibiera al gobierno intervenir en el campo de la educación, o si se impusiera un límite en la cantidad de impuestos que dicho gobierno podría exigir de sus ciudadanos, tanto que fuera imposible para dicho gobierno acumular los recursos necesarios, entonces el ámbito de distribución del gobierno fallaría en cubrir el ámbito de justificación.

La relación entre ámbito de distribución y ámbito de justificación es particularmente importante en el contexto de igualdad constitucional, a la vista de ciertas limitaciones inherentes en los derechos concedidos por la cláusula de protección igualitaria. Uno de los prerrequisitos fundamentales de una demanda válida de protección igualitaria es que se realice el requisito de que la acción del Estado se resuelva. En general, para satisfacer el requisito de la acción del Estado, es necesario que el Estado o una de sus subdivisiones controle directa o indirectamente el ámbito de distribución, que abarca los bienes contemplados por el ámbito de justificación adecuado. Podría decirse que existe control directo del Estado, cuando éste o una de sus subdivisiones es el agente de asignación para cierto ámbito, en contraste, el control indirecto es cuando el Estado tiene un "nexo" significante con un agente privado de asignación, o cuando este último realiza una "función pública".

[26] *Ibidem*. pp. 48-49.

En vista de las limitaciones impuestas por el requerimiento de la acción del Estado de la cláusula de igualdad, es concebible que las demandas de igualdad que están emanando de un cierto ámbito de justificación puedan estimarse como filosóficamente justificadas, sin que, por ello, adquieran ninguna validez constitucional. Para ilustrar esto, supongamos que hay razones filosóficas convincentes para solicitar una igualdad de oportunidades en la educación para todos los niños. Si el gobierno del Estado relacionado es el agente de asignación para ese ámbito y es capaz de cubrir el ámbito pertinente de justificación, entonces las justificaciones filosóficas y constitucionales del derecho de igualdad de oportunidades en la educación podrían ser coextensas. Sin embargo, si el gobierno del Estado no está en control del ámbito pertinente ni directa ni indirectamente, entonces parecería no haber bases para un derecho constitucionalmente garantizado a la oportunidad de igualdad en educación, aun con el mayor soporte filosófico posible para justificarlo. De acuerdo con este análisis, y asumiendo que la acción afirmativa contribuiría a la satisfacción de un ámbito de justificación legítimo, podríamos encontrar soporte filosófico para su implementación, sin tener ninguna fundamentación constitucional similar.

La segunda distinción de Rae que resulta importante para nuestros propósitos es aquella entre "igualdad marginal" e "igualdad global". En palabras de Rae: "la igualdad marginal se define con respecto a (frecuentemente pequeños) *cambios* de un *status quo,* con dichos cambios de igual magnitud para todos. La igualdad global se define, con respecto a tenencias sobre cero, con sus participaciones, siendo iguales".[27] Para ilustrar esta diferencia, giremos sobre el propio ejemplo de Rae e imaginemos un negocio con dos empleados X y Y, quienes tienen salarios diferentes, X gana veinte mil dólares al año, mientras que Y sólo gana quince mil. Si a ambos se les da un aumento de cinco mil dólares, la igualdad marginal se cumplirá pero no la igualdad global. Por otro lado, si el patrón de X y Y desea alcanzar igualdad global, tendría que recurrir a la desigualdad marginal. Por lo tanto, en ese caso, el empleador podría dar un aumento de cinco mil dólares a Y, y dejar el salario de X sin cambios, o reducir el salario de X en dos mil quinientos dólares e incrementar el salario de Y en la misma cantidad. También podría dar a ambos aumentos de diferentes cantidades, uno de cinco mil dólares para X y un aumento de diez mil a Y, para así

[27] Rae *et al., op. cit. supra* n. 7, p. 51. Cursivas en el original.

dar a ambos el mismo salario. En resumen, siempre que se encuentre, frente a un estado de desigualdad global, cualquier distribución ligeramente igual, subsecuente, preservará la desigualdad global inicial y cualquier curso de acción diseñado para liderar la realización de la igualdad global entre el sujeto pertinente de clase, necesariamente involucrará algunos patrones de distribución ligeramente desiguales.

La revisión de algunos de los elementos principales en la estructura gramatical de igualdad de Rae revela que, para cualquier sociedad compleja situada en los cambios de la historia, cualquier distribución de bienes divisibles de acuerdo con la concepción no contradictoria de igualdad parece estar ligada a crear ciertas igualdades particulares y desigualdades correlativas. Sin embargo, la estructura gramatical de Rae no revela si alguna de las posibles concepciones de igualdad puede dar una justificación normativa satisfactoria y amplia. El análisis de Rae da los medios para clasificar varios ámbitos de igualdad en términos de su amplitud, pero no indica qué ámbito, el reducido o el amplio, es más probable que sea exacto. Las configuraciones descriptivas de la igualdad y las desigualdades derivadas de una gramática estructural de la igualdad no señalan en sí, o por sí mismas, ningún conjunto de normas capaces de delimitar legítimamente los límites para el concepto de igualdad. Por consiguiente, las normas deben buscarse en otro lugar.

El postulado de igualdad

La estructura gramatical de igualdad de Rae es virtualmente compatible con un número ilimitado de conjuntos de normas, incluyendo las más antiigualitarias. Sin embargo, dentro del particular marco conceptual circunscrito por la teoría liberal moderna, el rango de normas aceptables es mucho más reducido. Además, aunque diversos valores, como la libertad y el estado de neutralidad, han asumido un papel fundamental en ciertas versiones de la teoría liberal, en los niveles más altos de abstracción, la igualdad puede verse como la norma operativa principal de la teoría liberal. En el nivel más bajo de abstracción, donde ciertas versiones y concepciones de la teoría liberal como la clásica, la contractual, la utilitaria y la igualitaria operan, habrá desacuerdos en si la libertad o la igualdad deberán estar jerarquizadas, una más alta que la otra. Sin embargo, en el nivel más alto de abstracción, todas las versiones de la teoría liberal están de acuerdo en rechazar reclamos sobre una jerarquía

natural a favor de la afirmación de que todos los seres humanos son, en algún sentido fundamental, iguales unos a otros.[28]

De acuerdo con Gutmann, la igualdad: "es básica para la doctrina moderna del individualismo, un respeto igual para la dignidad humana de todas las personas, que será esencial para la realización de la autonomía individual, la protección de la privacidad y la oportunidad para el desarrollo personal".[29] Más adelante Gutmann enfatiza que la igualdad brinda soporte a:

> la peculiar perspectiva moderna de que cada ser humano es exclusivamente digno: que cada persona debe presumirse racional hasta que sus acciones prueben lo contrario. Esta presunción de racionalidad universal es difícil de ignorar para los teóricos modernos. Los teóricos democráticos liberales, en general, no prueban sus casos sobre el trato de igualdad de las personas. Más bien, ellos eligen no llevar la carga de refutar la evidencia. La presunción a favor de la igualdad humana, por lo tanto, permanece fuerte para ambas escuelas de pensamiento liberal: racionalista y utilitaria.[30]

Sobre la base de estas ideas, se puede decir que la teoría liberal moderna ha abarcado la propuesta normativa de que todos los individuos son moralmente iguales *qua* individuos. Esta propuesta a la cual me referiré como "postulado de la igualdad" es contrafáctica, en el sentido de que no depende para su validez de ninguna prueba empírica de la existencia de igualdades particulares (descriptivas). Además, para distinguir el tipo de igualdad involucrada en el postulado de la igualdad desde el cual emerge la interacción de igualdades y desigualdades reveladas a través de la estructura gramatical de la igualdad, me referiré a lo anterior como "igualdad prescriptiva" y a lo siguiente como "igualdad descriptiva". Con esto en mente, lo crucial en el contexto de la teoría política liberal no son las igualdades descriptivas de raza, fuerza física, inteligencia o similares, más bien, y como Gutmann indica, la igualdad concebida de forma

[28] Gutmann, *op. cit. supra* n. 2, p. 18.
[29] *Idem*.
[30] *Ibidem*, p. 43.

amplia sería una: "habilidad de atenerse a la ley y elegir un plan de vida razonable" así como una capacidad igual "para el respeto por uno mismo y la dignidad humana".[31]

El postulado de la igualdad no sólo ha sido un dogma central de la teoría política liberal desde Locke y Kant hasta Nozick, Rawls y Dworkin, sino que también ha sido piedra angular de la forma norteamericana del gobierno constitucional. Esto se evidencia claramente por la adherencia al famoso principio de que "todos los hombres son creados iguales" de la declaración de independencia de los Estados Unidos. Al explicar el significado de este principio, TenBroek enfatizó su naturaleza prescriptiva:

> "todos los hombres son creados por igual" no es una oración declarativa, es un imperativo. No es una declaración, sino una exhortación. No es una afirmación ni una descripción: es una orden. Cualquiera que sea su forma, su función es directiva. Dice, en esencia, que dentro de ciertos límites y para ciertos propósitos, debemos tratar a los hombres como si fueran iguales, a pesar de que sabemos bien que no lo son.[32]

Aunque el postulado de igualdad no especifica por sí mismo qué igualdades y desigualdades son justificadas, representa un avance en especificidad sobre el principio de justicia formal. Sin embargo, de acuerdo con el postulado de igualdad y con sus apuntalamientos individualistas, el individuo es el propio sujeto de igualdad. También la Suprema Corte de los Estados Unidos ha declarado que el propio sujeto de la igualdad constitucional es el individuo. Además, la pretensión de igualdad moral de todos los individuos excluye el uso de ciertas diferencias reales como base para justificar el trato desigual. Para ubicar el postulado de la igualdad dentro de su propia perspectiva histórica, se recuerda que ésta emergió como un arma moral en contra de los privilegios de estatus y nacimiento, característicos del orden feudal.[33] De acuerdo con esto, el postulado de igualdad condena el uso de diferencias de estatus o de nacimiento, como la base para tratar a las personas de manera desigual.

[31] *Ibidem*, p. 45.

[32] Jacobus TenBroek, *Equal under Law*, Nueva York, Collier, 1969, p. 19.

[33] Stanley I. Benn y Richard Stanley Peters, *The Principles of Political Thought*, Nueva York, Free Press, 1965, p. 132.

En la medida en que el respaldo al postulado de la igualdad conlleva un compromiso con la proposición de que todos los individuos son iguales en algunos aspectos relevantes, las teorías que apoyan este postulado de igualdad, son más igualitarias que sus teorías rivales, que se basan en el estatus y la jerarquía. Sin embargo, de esto no se desprende que un partidario del postulado de la igualdad que pueda ser considerado como igualitario a los niveles más altos de abstracción debiera también comprometerse por sí mismo (él o ella), por el bien de coherencia, a una teoría política igualitaria de nivel medio. Gutmann establece, para esta particularidad, en el contexto de las teorías clásicas liberales, lo siguiente:

> Para considerar que las teorías clásicas liberales eran caracterizadas por suposiciones de la igualdad humana, por supuesto, esto no implica que el liberalismo clásico fuera una doctrina igualitaria. La teoría de Hobbes, claramente sancionó enormes desigualdades de poder entre soberanos y sujetos, y el liberalismo de Locke justificó grandes desigualdades en la distribución de la propiedad, al menos una vez que el consentimiento del dinero fue asumido. Estas desigualdades políticas y económicas pueden haber sido aún mayores que aquellas sancionadas por perspectivas jerárquicas de políticas anteriores.[34]

En otras palabras, el compromiso con la igualdad moral de todos los individuos no necesariamente conlleva un compromiso con la igualdad política o económica para todos. Si bien todas las teorías de nivel medio que generan los argumentos a favor y en contra de las acciones afirmativas están comprometidas con el postulado de la igualdad, las teorías liberales, contractuales, utilitarias e igualitarias difieren, como veremos, en su concepción acerca de qué bienes sociales y económicos deben ser distribuidos de forma igual (o distribuirse de forma desigual con el propósito de alcanzar un resultado igual).

Como propuesta general, una teoría puede asumirse más igualitaria que otra, si respalda una clase de igualdad de sujetos más amplia o un ámbito de igualdad mayor. Por ejemplo, si dos teorías, A y B, difieren sólo en que A postula que la clase de sujetos de igualdad abarca a todos los miembros masculinos de la sociedad, mientras que B

[34] Gutmann, *op. cit. supra* n. 2, p. 19.

postula que dicha clase abarca a todos los hombres y mujeres, de la sociedad, entonces B es una teoría más igualitaria que A. Además, si dos teorías, C y D, difieren sólo en que C considera como su ámbito de igualdad el grupo de todos los bienes políticos, mientras que D postula esa clase y además, la clase de todos los bienes económicos; entonces, D es una teoría más igualitaria que C.

Puede ser difícil e incluso imposible determinar cuál de las dos teorías contrapuestas es más igualitaria, si ambas difieren con respecto de la definición del propio tema de estudio de la igualdad y el propio ámbito de igualdad. Pero no es necesario enfrentarnos con este problema en el contexto del presente análisis. Esto se debe a que las teorías alternativas de nivel medio dan forma a diversos argumentos a favor y en contra de las acciones afirmativas no difieren en ningún aspecto significativo con respecto a sus propias concepciones del tipo de sujeto relacionado. Por lo tanto, ninguna de estas teorías sostiene que los negros o los blancos o los hombres o las mujeres deban ser excluidos de la clase relevante que debe estar hecha por el tema de la igualdad. Sin embargo, estas teorías difieren en sus concepciones de lo que constituye un ámbito legítimo de igualdad, y en consecuencia, cada una de ellas puede ser clasificada como más o menos igualitaria que las otras.

Igualdad de resultado e igualdad de oportunidades

Como mencioné antes, el postulado de igualdad propone que los individuos tienen el derecho a la igual autonomía y al mismo respeto como sujetos de elección moral, capaces de proyectar y perseguir sus respectivos planes de vida. En consecuencia, parecería que los objetivos del postulado de igualdad podrían ser completamente satisfechos si una cantidad suficiente de bienes pudieran ser distribuidos para que cada individuo llevara a cabo todos los objetivos de su plan de vida. Si esto fuera posible, los individuos probablemente recibirían cantidades desiguales, ya que no todos los planes de vida de los individuos requieren el mismo número o los mismos tipos de bienes para su cumplimiento. Sin embargo, estas cantidades desiguales meramente representarían ligeras desigualdades necesarias para llevar a cabo la igualdad global del sujeto, respecto de la igualdad entre todos los individuos, esto es, la igualdad global, en el sentido de igual satisfacción de cada plan de vida, pero no igualdad global, en el sentido de un estado final en el cual, cada individuo posee una cantidad igual de bienes.

Sin embargo, en la ausencia de la abundancia requerida para cumplir el plan de vida de todos, surge una difícil pregunta sobre la justa distribución de los recursos escasos. Por ejemplo, si se asume que varios individuos necesitan obtener un bien escaso para poder cumplir el plan de vida elegido, y que cada uno de estos individuos tenga moralmente el mismo derecho a tal bien, ¿cómo podría la distribución del bien escaso en cuestión, conciliarse con la observancia al postulado de igualdad? Si un grupo de cien personas se encuentra atrapado, accidentalmente, en una situación de amenaza de vida y cada una de esas personas tiene el mismo derecho a ser rescatada, pero los recursos disponibles son limitados de tal forma que sólo cincuenta personas puedan ser rescatadas, entonces, se origina una difícil cuestión respecto al curso de la acción, consistente con la observancia al postulado de igualdad. De hecho, cada una de las personas atrapadas tiene la misma necesidad de ser rescatada, a pesar de su plan de vida particular, pues permanecer vivo es un prerrequisito para la satisfacción de cada plan de vida concebible. Además, como ninguno de los individuos atrapados es responsable de su situación, en todo caso, ninguno puede hacer una demanda moral más sólida que otro para que se le rescate. Un tratamiento igual para todos, tomado en un sentido literal, significaría no rescatar a ninguno. Sin embargo, perder cincuenta vidas que de otra forma podrían ser salvadas por el bien de un trato igualitario parecería moralmente injustificable. Por otro lado, si suponemos que cincuenta de los individuos atrapados son blancos y cincuenta negros, seleccionar a los candidatos para el rescate con la única base de su raza, parecería moralmente injustificable.

Una posible solución, descansa en la distinción entre igualdad de resultado e igualdad de oportunidad. Como ilustra el análisis de Rae, la igualdad de resultado puede conllevar consecuencias diferentes en circunstancias diversas. El resultado probablemente variará, dependiendo de si la igualdad de resultado respecto de los bienes o de los sujetos se estima como la meta apropiada. Si la igualdad de resultado con respecto a los bienes está involucrada, la distinción entre igualdad de resultado e igualdad de oportunidad puede establecerse de la siguiente manera: la igualdad de resultados significa que cada miembro de la clase designada como el objeto de igualdad termina con una cantidad igual de los bienes que han sido distribuidos. Por otra parte, la igualdad de oportunidades, significa que cada miembro de la misma categoría, tiene la misma posibilidad que todos los demás miembros, de obtener algún bien escaso, pero no que todos los miembros terminen con una cantidad igual

de bienes, ya que algunos, pero no todos, tendrán éxito en adquirir el bien escaso. En palabras de Rae, la igualdad de oportunidad significa que "las oportunidades de poder, derecho y adquisición, deben ser iguales: el poder, el derecho y la adquisición por sí mismas no lo son".[35]

Como Rescher ha argumentado, la justicia requiere la puesta en práctica de igualdad de oportunidades, siempre que la igualdad de resultado sea asignada por mandato, si no sería imposible de alcanzar. En opinión de Rae, "una distribución que no otorga a todas las pretensiones igualmente merecidas un trato igual, debe, por el bien de la justicia, por lo menos conservar una igualdad de oportunidad".

Rescher enfatiza, además, que la igualdad de oportunidad debe implementarse solamente si la igualdad de resultado es imposible de lograr. Por lo tanto: "recurrir al concepto de *igualdad de oportunidad* es un procedimiento *faute de mieux,* un consejo desesperado, como si lo fuera. Éste representa los medios para alcanzar una igualación de oportunidades (y riesgos), en casos en que la distribución directa de los bienes demandados es inviable".[36]

Hay una solución para el dilema moral planteado en el caso de las cien personas atrapadas en una situación de riesgo de muerte. Esa solución se apoya en el esquema que establece la igualdad de oportunidades. Sin embargo, si a cada una de las cien personas relacionadas se les da la misma oportunidad de ser rescatadas –sería el caso si un sorteo justo se llevara a cabo para elegir a cincuenta candidatos de ser rescatados– parece posible evitar las muertes innecesarias y la selección de las personas que deben ser rescatadas con base en una motivación moralmente reprochable como la raza de las personas. Todos los individuos atrapados asumen ser igualmente merecedores del rescate y, por lo tanto, deben recibir, de manea igual, el bien que persiguen; es decir, los servicios de un rescatista. Pero ya que no hay suficientes rescatistas para salvar a todos, proveer a cada persona que requiere ser recatada con una oportunidad igual de serlo satisfaría los requisitos de la justicia. Además, un sorteo justo, que dé a quienes se encuentran en necesidad la misma oportunidad de rescate no viola el postulado de igualdad, como lo haría la selección

[35] Rae *et al., op. cit. supra* n. 7, p. 64.

[36] Nicolas Rescher, *Distributive Justice*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1966, p. 94.

de quién debiera vivir y quién morir sobre la única base de la raza. En resumen, en los términos de distinción presentados por Dworkin, la igualdad de oportunidad podría no resultar en un trato igual, pero lo es (en el contexto del caso arriba señalado) respecto al derecho de cada persona a ser tratada como igual.

En el caso en consideración se puede, estrictamente hablando, lograr un trato igual y la igualdad de resultado. Esto sucedería si ninguno de los atrapados fuera rescatado. Sin embargo, en el caso de rescate parece, intuitivamente, moralmente negativo tolerar cincuenta muertes innecesarias con la finalidad de lograr la igualdad de resultado.

Tomando en cuenta la perspectiva de Rescher, podemos llegar a la siguiente conclusión: donde la igualdad de resultado es moralmente justificada, esto es, donde no se encuentran diferencias moralmente relevantes que pudieran justificar la desigualdad de resultado, ésta puede ser apartada, si hay una razón suficiente para hacerlo, con tal de que, todos aquellos que originalmente tienen derecho a la igualdad de resultado, tengan la misma oportunidad de recibir los bienes escasos a los cuales tendrían moralmente derecho de una ausencia de escasez. Además, donde la igualdad de resultado estuviera garantizada, la igualdad de oportunidad se justificaría sólo si hay una escasez del bien que todos quieren y merecen. Efectivamente, si en nuestro ejemplo, no hubiera escasez de rescatistas disponibles, para que las cien personas atrapadas pudieran salvarse, entonces, sería claramente moralmente incorrecto salvar sólo a la mitad, aun si una insaculación justa condujera a determinar quiénes serían los candidatos para el rescate.

La igualdad de oportunidad lograda a través de una decisión azarosa, como en el caso de las personas atrapadas y que deben ser rescatadas, es lo que Rae ha definido como "igualdad de oportunidad respecto de la perspectiva". En dicho caso, la determinación por azar otorga a cada persona que debe ser rescatada igual probabilidad de ser salvada. En la definición de Rae, la igualdad de oportunidad respecto de la perspectiva, significa que "dos personas, J y K, tienen las mismas oportunidades para X, si cada una tiene la misma probabilidad de lograr X".[37] Rae contrasta "la igualdad de oportunidad respecto del medio" con "igualdad de oportunidad respecto de la perspectiva". En el caso de la igualdad de oportunidad respecto al medio,

[37] Rae *et al., op. cit. supra* n. 7, p. 65.

los competidores por un bien escaso poseen las mismas herramientas para obtener el bien que buscan. Rae define la igualdad de oportunidad respecto del medio de la siguiente manera: "dos personas I y K tienen las mismas oportunidades para X, si cada una tiene los mismos instrumentos para lograr X".[38]

Mientras sea posible coincidir para medios iguales y perspectivas iguales, en muchos casos, medios iguales llevaran a perspectivas desiguales y perspectivas iguales necesitaran medios desiguales. Para ilustrar esto, supongamos que dos personas, una el doble de fuerte que la otra, compiten por un solo bien, G, que sólo puede ser obtenido a través de un esfuerzo físico. Sin ninguna otra herramienta más que su fuerza, sus posibilidades de obtener G son desiguales. Además, si a ambos se les da el mismo instrumento, digamos, un instrumento capaz de incrementar al doble la fuerza física de quien lo usa, ambos poseerán igualdad de oportunidad respecto al medio, pero sus posibilidades permanecerían desiguales. Recíprocamente, al concederles, la igualdad de oportunidad respecto de la perspectiva, será necesario darles herramientas desiguales para motivar la fuerza física. En este último caso la distribución de medios desiguales se convierte en un requisito previo al logro de la igualdad de oportunidad en relación a la perspectiva.

Como Rae señala, cuando dos competidores reciben los mismos instrumentos, lo que se logra es igualdad de oportunidad respecto al medio de forma *marginal*. Rae, por otra parte, señala que "la mayoría, si no es que todas las formas de igualdad de oportunidad en relación al medio, son marginales". Esto significa que "algunos medios de éxito son igualados mientras que otros, que afectan el uso de la primera, son permitidos a fallar intermitentemente".[39] En otras palabras, en el contexto de desigualdad en circunstancias iniciales, esto es, las circunstancias predominantes, que preceden inmediatamente la distribución de medios iguales, es improbable que la institución de la igualdad de oportunidad con respecto a los medios, conduzca a la igualdad de resultado o a la igualdad de oportunidades en relación con la perspectiva.

Hasta el punto que la justicia requiera el establecimiento (o la preservación) marginal, de igualdad de oportunidad en relación con los medios, es necesario determinar de

[38] *Ibidem*, p. 66.
[39] *Ibidem*, p. 74.

entre el número total de medios cuál tendrá, probablemente, un efecto en el resultado de la competencia por los bienes escasos que deberían ser asignados por distribución igualitaria. Para ejemplificar esto, supongamos que el ámbito de medios pertinentes, en el contexto de la competencia por empleos escasos, puede reducirse a lo siguiente: la educación que recibió un aspirante a un trabajo determinado y los valores que se le impartieron en la familia, así como una ética laboral fuerte. Bajo estas circunstancias, ambas desigualdades, en educación y en los valores impartidos por la familia, contribuirían a la desigualdad de posibilidades. Aún más, la combinación de disparidades en la educación y en los valores familiares crearía aspirantes con una buena educación y con valores familiares, contra otros con una educación inadecuada y valores familiares débiles; esto compondría las dificultades de lo anterior e incrementaría las desigualdades de los prospectos. Suponiendo que fuera posible dar valores familiares iguales o una educación igual, pero no ambos, entonces, sería necesario determinar cuál de las dos alternativas convendría más a los requerimientos de la justicia.

Esta determinación no puede hacerse de manera escrupulosa, sin referencia a las posturas avanzadas de una teoría de nivel medio. El postulado de igualdad y la gramática estructural de igualdad no indican por sí mismas qué recursos deben distribuirse de forma igual (o igualmente protegidos de intromisiones) para lograr una forma legítima de igualdad de oportunidad respecto de los medios. Sin importar las formas particulares de igualdad de oportunidad en relación con los medios, que últimamente se ha demandado sean justificadas, la legitimidad de la misma está indisolublemente ligada a las *posibilidades de éxito* de los sujetos de dicha igualdad en relación con los medios. De hecho, si las perspectivas caen debajo de cierto umbral, no habría "oportunidad" y quedaría sólo la "igualdad de oportunidad". Por otro lado, si medios iguales guían a perspectivas iguales, entonces, como se explicará más adelante, la igualdad de oportunidad en relación con los medios asequible parecerá superflua.

Western ha argumentado que, para que haya una oportunidad, el sujeto de dicha oportunidad no debe confrontar un obstáculo que le haga imposible obtener el bien al que, se supone, puede acceder.[40] En palabras de Westen, una oportunidad es algo

[40] Peter Westen, "The Concept of Equal Opportunity", *Ethics*, vol. 95, núm. 4, 1985, pp. 837-850, en esp. pp. 839-840.

más que una "mera posibilidad" y menos que una "garantía".[41] Combinando la idea de Westen acerca de que una oportunidad requiere más que una mera posibilidad de éxito, con la observación de Rae de que la igualdad marginal de oportunidad en relación con los medios hace la igualdad con respecto a algunos, pero no con respecto a todos los instrumentos que un competidor debe poseer para realizar su objetivo, encontramos lo siguiente. Asumamos, por ejemplo, que una exigencia de igualdad de oportunidad en relación con los medios surge en el contexto de una competencia por un bien escaso que sólo puede ser obtenido a través del empleo de varios medios distintos (por ejemplo, la educación, el esfuerzo, la perseverancia, el despliegue de elegancia social). En este caso, la asignación marginal de igualdad, con respecto a ciertos recursos, pero no a todos, no podría proporcionar a todos los competidores, una oportunidad real –mucho menos una oportunidad "igual"– si alguno de ellos fuera a poseer menos que la mera posibilidad de obtener el bien escaso en cuestión, después de la distribución de los recursos marginalmente iguales. En otras palabras, si la distribución igual marginal de ciertos recursos deja a algunos de sus beneficiarios con perspectivas tan bajas de éxito que ellos disfruten menos que de una mera posibilidad de éxito, entonces, éste no podría satisfacer los requisitos sustantivos de igualdad de oportunidad. Por consiguiente, para determinar qué medios se deben asignar igualmente y a cuáles se les puede permitir legítimamente seguir desiguales, será necesario descartar aquellas opciones que puedan dejar a ciertos miembros de la categoría relacionada con las perspectivas de que puedan ascender a no más que a una mera posibilidad de éxito.

Como previamente señalé, igualdad de medios –y particularmente la igualdad marginal de medios– generalmente va de la mano con la desigualdad de posibilidades. Por otra parte, esta relación entre los recursos iguales y la igualdad de posibilidades frecuentemente parece ser conveniente. Por ejemplo, si los empleos escasos se distribuyen conforme a una competencia entre un grupo de candidatos donde todos han recibido la misma educación; entonces, aquellos que tengan un mayor número de talentos naturales, claramente gozarán de mayores posibilidades de éxito. Todo lo demás sería igual: aquellos con mayores talentos obtendrán los empleos escasos. Con la condición de que igualar las experiencias educativas vuelve la competencia

[41] *Idem.*

por empleos escasos justa y precisa, este resultado quizá represente el mejor camino posible, bajo estas circunstancias, de distribución de los bienes escasos de acuerdo con el postulado de igualdad. Sin embargo, si todos los competidores poseen exactamente los mismos talentos naturales, entonces la competencia de empleos escasos fallaría en guiar a un resultado deseado. Por lo tanto, asumiendo que los resultados de las pruebas son en función exclusiva de talentos naturales y la educación previamente recibida, todos los competidores terminarían con la misma puntuación y sería imposible otorgar los empleos usando como base sólo los resultados de los exámenes. En otras palabras, cuando la igualdad de oportunidad en relación con los medios demanda perspectivas iguales para todo, ésta pierde su utilidad como recurso para la distribución de bienes escasos.

No sólo sería superflua una verdadera igualdad de oportunidad en relación con los medios que requiriera una completa igualación de éstos, sino que probablemente también sería insoportablemente indeseada. Como señala Rae, para lograr una convergencia total entre recursos y posibilidades:

> uno tendría que incluir un gran dominio sobre el ámbito de recursos; por ejemplo, el beneficio genético (¿clonar personas iguales?), la familia (criando hijos bajo las mismas condiciones), escuela (un programa perfectamente estandarizado para niños genéticamente estandarizados). Con estas medidas draconianas, recursos iguales guiarían hacia perspectivas iguales.[42]

Aun suponiendo que la igualdad de recursos requiere de una distribución de perspectivas, más que de una "mera posibilidad", pero menos que de una "garantía", la disyuntiva sigue siendo si debemos elegir una igualdad marginal o global con respecto a ciertos recursos individuales. Si suponemos una igualdad de oportunidad en relación con los recursos en la competencia por empleos escasos, y ésta sea realizada cuando todos los competidores han obtenido una misma educación y dicha competencia está abierta para todos, en este supuesto se encuentra implícita la cuestión acerca de si los competidores tienen derecho o no a la igualdad marginal o global en la educación. Si la competencia por empleos escasos se juzga justa, ya que todos los

[42] Rae *et al., op. cit. supra* n. 7, p. 75.

competidores han recibido el mismo número de años de educación en las mismas materias a pesar de sus diferentes logros educativos, entonces la igualdad marginal en la educación sería suficiente. Sin embargo, la competencia laboral no sería justa a menos que todos los competidores hubieran alcanzado el mismo nivel de competencia educativa, sólo entonces, podríamos llamarla igualdad global en educación. En este último caso, el logro de una genuina igualdad de oportunidades en relación con los medios en la competencia por la obtención de empleos depende de la consecución de igualdad de resultados en la educación. Se hace evidente que la igualdad de oportunidad respecto de la distribución de un bien escaso puede depender a veces de la realización de una igualdad de resultado respecto de la distribución de otro bien.

A menudo se hace una distinción entre "igualdad formal de oportunidad" e "igualdad justa de oportunidad". Fullinwider da la siguiente definición de igualdad *formal* de oportunidad: "X y Y tienen la misma oportunidad respecto de A, mientras que ninguno de los dos enfrenta una barrera legal o cuasi legal para lograr A".[43] Si analizamos esta definición en términos del análisis precedente, la igualdad formal de oportunidad puede considerarse como una forma de igualdad de oportunidad respecto de los medios. Requiere que las leyes y los mecanismos cuasi legales no se usen para privar a los sujetos de recursos que se encuentran en su posesión o dentro de su capacidad para obtenerlos en el futuro. De esta manera, por ejemplo, una ley que prohíbe que los negros compitan por ciertos empleos escasos los privará de la igualdad formal de oportunidad. Asimismo, una ley que hace ilegal que los negros obtengan educación que los pueda hacer elegibles para ciertos trabajos escasos, también los privaría de igualdad formal de oportunidad con respecto a la distribución de esos empleos.

Por otro lado, "la justa igualdad de oportunidades", requiere de acuerdo con Rawls, que "aquellos con habilidades y destrezas similares, tengan oportunidades de vida similares […] con independencia de la clase social en que hayan nacido".[44] Además, en palabras de Goldman, la igualdad justa de oportunidad requiere que:

[43] Robert Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy,* Totowa, Nueva Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, p. 101.

[44] John Rawls, *A Theory of Justice,* Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 73. Traducción al español: *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

> los individuos deben recibir los recursos necesarios para satisfacer sus capacidades naturales. El sistema social asume la responsabilidad de superar las desventajas de origen que tienen causas sociales. Por ejemplo, las desventajas derivadas de bajos ingresos o la clase social a la que pertenece alguno de los padres. Los individuos de todas las clases económicas y sociales deben ser capaces de alcanzar las destrezas de las que han sido dotados naturalmente. Por lo tanto, con respecto al otorgamiento de empleos o a posiciones socialmente deseadas [la igualdad justa de oportunidad] exige la corrección de las desventajas socialmente relativas.[45]

En otras palabras, la totalidad de recursos que de forma separada pueden afectar las posibilidades relativas de los distintos competidores por los bienes escasos podría dividirse en dos categorías, relacionadas respectivamente con las habilidades y destrezas "naturales" y "generadas socialmente", entonces, la igualdad justa de oportunidad requerirá que en lo posterior, pero no en lo previo, la situación sea igualada para todos. Pongámoslo de otra manera, la justa igualdad de oportunidad (respecto de los medios) requiere que las diferencias en las posibilidades entre competidores estén en función exclusiva de las diferencias en las habilidades y destrezas naturales.

Eliminar las diferencias en las posibilidades, causadas socialmente, puede requerir que se establezcan igualdades globales de oportunidad en relación con los medios, con respecto a aquellos instrumentos cuya adquisición depende de factores sociales relativos. Por lo tanto, para lograr el objetivo que Rawls contempla para la igualdad justa de oportunidades, la igualdad marginal de oportunidad en relación con los medios puede ser insuficiente. Supongamos que por varias generaciones, miembros de la clase elite, han recibido una educación sobresaliente, mientras que los miembros de clases socialmente en desventaja no han recibido virtualmente ninguna. En ese caso, el solo hecho de ordenar la misma educación para todos podría no terminar con las diferencias sociales de los prospectos para conseguir empleos escasos. Por lo tanto, la eliminación de todas las diferencias sociales relativas en perspectiva puede bien requerir programas de refuerzo para los desfavorecidos o algún otro

[45] Alan Goldman, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, Princeton University Press, 1979, p. 171.

trato marginalmente desigual de los privilegiados y los no privilegiados, que lleve eventualmente a la igualdad global en la educación. En resumen, ya que la igualdad justa de oportunidad requiere la erradicación de desventajas sociales, esto podría justificar la distribución desigual de ciertos bienes relevantes.

Justicia distributiva, compensatoria y procesal

Supongamos, por el bien de nuestro argumento, que la justicia requiere que se instituya la igualdad formal de oportunidad. Desde un posible punto de vista de orden sociopolítico que necesite de su aplicación real, esto significa que el gobierno no debe imponer ningún obstáculo legal o cuasi legal a la competencia por los bienes escasos. Desde el punto de vista retrospectivo de un gobierno confrontado con demandas de reparación de daños sufridos como resultado de violaciones pasadas del derecho a la igualdad formal de oportunidad, por otro lado, el problema podría no estar cerca de aclararse. Podría ser que la supresión de obstáculos improcedentes, legales o cuasi legales, que han sido impuestos en el pasado, pueda bastar, y estaría dirigido a la restauración del tipo de competencia concebida inicialmente. No obstante, esto también puede ser, sobre todo si los obstáculos ilícitos se han empleado durante largo periodo de tiempo, que la mera eliminación de dichos obstáculos no baste para restaurar las condiciones que existían (o hubieran existido) antes de la imposición de tales obstáculos legales o cuasi legales. Así, por ejemplo, es concebible que los obstáculos legales impuestos a largo plazo a algunos, pero no a todos los miembros de la sociedad, han puesto a los primeros en tal desventaja que el retiro de dichos obstáculos no mejoraría sus perspectivas de éxito en las áreas de competencia relevantes más que a una "mera posibilidad". En resumen, aun si hubiera acuerdo unánime sobre un solo principio de justicia, su propia aplicación probablemente diferiría de un tipo de situación a otra. De acuerdo con esto último, debe hacerse una distinción entre justicia en la distribución y justicia en la compensación.

La distinción entre justicia distributiva y justicia correctiva o justicia compensatoria data por lo menos del tiempo de Aristóteles. De acuerdo con Aristóteles, la "justicia distributiva" se relaciona con la distribución de bienes públicos por las autoridades políticas, mientras que la "justicia correctiva" aplica a transacciones privadas. Como entendía Rescher: "la justicia distributiva de Aristóteles requiere al Estado para actuar equitativamente en la distribución de bienes (y presumiblemente también de

males) entre sus miembros. La justicia correctiva de Aristóteles requiere que el individuo actúe equitativamente en las acciones o las transacciones que afecten los intereses de sus compañeros".[46] Los filósofos no están de acuerdo con la definición de "justicia distributiva". Algunas concepciones modernas son mucho más amplias que la de Aristóteles. No obstante, es importante establecer alguna definición de *justicia distributiva*, puesto que la naturaleza y el alcance de las relaciones entre justicia distributiva y compensatoria pueden variar en función de la adopción de ámbitos de aplicación más amplios o más estrechos que el principio de justicia distributiva.

Feinberg señala que sin importar el significado tradicional del término *justicia distributiva*:

> ahora ha venido a aplicarse también a lo bueno y a lo malo de un tipo no político que puede ser distribuido por los ciudadanos privados a otros ciudadanos privados. De hecho, en la literatura más reciente, el término se ha reservado para las distribuciones *económicas,* particularmente a la justicia en las diferencias de distribución de ingresos económicos entre clases y en varios esquemas de impuestos, lo cual, discrimina en diferentes formas entre clases.[47]

Feinberg también indica que el término puede usarse para referirse a actos de distribución y a circunstancias que sean consecuencia de alguna distribución particular. Además, el término *distribución* es ambiguo por sí mismo, y esto puede ser causado, en parte, por la incertidumbre respecto de su ámbito. En palabras de Feinberg: "por supuesto que hay ambigüedad en el significado de *distribución*. La palabra puede referirse al *proceso* de distribución o al *producto* de algún proceso de distribución y alguno de los dos o ambos pueden valorarse como justos o injustos".[48] No sólo las consideraciones de justicia pueden aplicarse a ambos, al proceso y al producto de una distribución, sino que pueden aplicarse aun si no existe algún esquema deliberado o proceso de distribución en función. Como establece Feinberg: "una 'distribución' puede entenderse como un 'producto', que no es resultado de ningún

[46] Rescher, *op. cit. supra* n. 36, p. 6.

[47] Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Engelwood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1973.

[48] *Ibidem*, pp. 107-108. Cursivas en el original.

proceso de distribución deliberado, sino simplemente un resultado de circunstancias cuya producción ha sido demasiado complicada de resumir o de atribuir al quehacer deliberado de algún grupo definido de personas. La presente 'distribución' de la riqueza norteamericana es sólo un resultado de circunstancias".[49] De acuerdo con el análisis de Feinberg, la justicia distributiva será entendida aquí en su significado más amplio, el cual abarca ambos, el *proceso* y el *producto* de distribución, ya sea que la distribución sea planeada deliberadamente o sea producto involuntario de la combinación de fuerzas sociales, políticas y económicas.

Una de las ventajas de una concepción estrecha de justicia distributiva y compensatoria y distributiva, como la tradicional apoyada por Aristóteles, es que parece minimizar el conflicto potencial entre los objetivos de la justicia distributiva y los de la justicia compensatoria. Ciertamente, si el ámbito de la justicia distributiva se limita a ciertos bienes públicos en posesión exclusiva del Estado, y la justicia compensatoria se realiza sólo en el ámbito de las transacciones privadas, entonces el conflicto parece completamente evitable así como los dos ámbitos parecen no superponerse. Sin embargo, en una concepción tan amplia de justicia distributiva como la adoptada aquí los conflictos entre los objetivos de la justicia distributiva y la justicia compensatoria no se pueden salvar fácilmente. Por ello, no es sorprendente que en el contexto de las concepciones más amplias de justicia distributiva varios filósofos contemporáneos han mencionado que posiblemente los objetivos de la justicia distributiva están en conflicto con los de la justicia compensatoria. Antes de intentar cualquier análisis posterior de la relación entre justicia distributiva y justicia compensatoria, debemos revisar más de cerca el significado del término *justicia compensatoria*.

Como en el caso de justicia distributiva, hay diferentes concepciones de justicia compensatoria.[50] La noción de Aristóteles de justicia compensatoria, al menos de acuerdo a Weinn, "toma en cuenta la posición de las partes, de manera previa a una transacción como iguales, y restaura este antecedente de igualdad, transfiriendo los recursos del demandado al demandante para que la ganancia obtenida compense la

[49] *Ibidem*, p. 108.

[50] Jules Coleman, "Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits. Part II", *Law and Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 1983, pp. 5-36, en esp. p. 6.

pérdida sufrida previamente. En este ejemplo, nodal y paradigmático, la ganancia es equivalente a la pérdida".[51] Weinrib contrasta también la justica compensatoria con la justicia distributiva. La primera involucra una "infracción" de una parte sobre la otra, mientras que la justicia distributiva no. En el contexto de la justicia distributiva, la relación entre los demandantes –que en teoría no tienen un límite numérico– está siempre mediada por el esquema de distribución.[52]

Coleman contrasta la justicia compensatoria con la justicia distributiva: "la justicia correctiva es un asunto de justicia […] no porque promueva justicia en la distribución de bienes, sino porque remedia las desviaciones injustas de la forma predominante de distribución de bienes".[53] Más adelante, Coleman sostiene que la justicia compensatoria da un principio independiente de justicia, "precisamente porque este puede invocarse legítimamente para proteger o renovar las distribuciones de bienes, que no superarían por sí mismos la prueba de justicia distributiva".[54] Al analizar el principio de justicia compensatoria en el contexto de acción afirmativa, Goldman identifica el siguiente caso como paradigma: "el caso paradigmático, al que se aplica el principio de compensación implica una imposición intencional de lesionar, en la violación de un derecho, que tiene como consecuencia una pérdida mesurable de la víctima y un provecho del perpetrador determinado. En este caso, está claro que la parte culpable tiene que resarcir el infortunio causado al bien afectado que benefició a la víctima". Sin embargo, según una fundamentación convincente dentro de este paradigma, el bien adquirido ilícitamente por el violador sería el equivalente exacto a la pérdida sufrida por la víctima. Esto sería cierto en los casos en los cuales un delincuente ha robado un cierto bien a la víctima. En dichos casos, la medida de la pérdida sufrida por la víctima es igual a la medida de ganancia obtenida por el infractor, al menos desde el punto de vista de la consideración de igualdad en relación con los bienes. En los casos en que el enriquecimiento injusto del infractor corresponde exactamente a la injusta pérdida sufrida por la víctima, la aplicación del principio

[51] Ernest J. Weinrib, "Toward a Moral Theory of Negligence Law", *Law and Philosophy*, vol. 2, núm. 1, 1983, pp. 37-62, en esp. p. 38.

[52] *Idem*.

[53] Coleman, *op. cit. supra* n. 50.

[54] *Ibidem*, p. 7.

de justicia compensatoria puede restaurar completamente el equilibrio anterior a la existencia de la transacción que dio lugar a una pretensión de compensación.

Si extrapolamos los citados puntos, y los enfocamos por el momento exclusivamente en el caso paradigmático de la pérdida de bienes particulares, alguien podría decir que la justicia compensatoria requiere de la transferencia de bienes de un sujeto a otro para restaurar el equilibrio que existía entre esos dos sujetos en el momento previo al que voluntaria o involuntariamente, éstos se vieron involucrados en una operación que resultó en una ganancia para el infractor y una pérdida para la víctima. Los sujetos en cuestión pueden ser individuos o grupos. Las reparaciones de guerra por un país a otro como compensación de la expropiación injusta de propiedad constituirían un ejemplo del uso de la justicia compensatoria para restaurar el equilibrio previo a la guerra entre grupos. La justicia compensatoria puede invocarse en el contexto de una "transacción voluntaria", como en un contrato, si antes del cumplimiento de éste alguna de las partes lo quebrantara, rehusándose a cumplir con sus obligaciones. Entonces, si una de las partes de un contrato de compraventa de un bien, entrega éste a la contraparte y, luego, ésta se negara a pagar el precio por el bien recibido, como se había acordado, la justicia compensatoria implicaría las ganancias ilícitas resultantes de la posesión de un bien cuyo pago fue injustamente rehusado a ser liquidado. Una "transacción involuntaria" podría serlo desde el punto de vista de la víctima exclusivamente, o desde el punto de vista de ambos, víctima y malhechor. El robo podría ser un ejemplo del primer caso, pues la víctima es involuntariamente involucrada en la "transacción" del robo, mientras que el ladrón participa voluntariamente en ésta. En contraste, la siguiente situación es un ejemplo de una transacción en la que están involucradas ambas partes. Supongamos que A compra un bien G de un vendedor M y paga a M por él, con la debida entrega subsecuente. Supongamos que, más adelante, M entrega G por error a B, que vive junto a la casa de A. En este caso tanto A como B podrían decir que entraron en una transacción que *involucra la otra* involuntariamente. Aun si B se rehúsa a entregar G a A, después de conocer que recibió G por un error, A, según parece, claramente tendría derecho a exigir una compensación a B.

Dada la amplia concepción de justicia distributiva adoptada, y asumiendo una continua vinculación con el mismo principio de justicia, la relación entre justicia distributiva y justicia compensatoria podría ser de armonía y complementariedad o de conflicto y contradicción. El robo parece ser el caso en que un principio de justicia

sobreestimado gobierna todas las interacciones sociales y donde la justicia en la distribución y la justicia en la compensación son tratadas como dos formas distintas del mismo principio predominante. Esto también es probable en los casos que cuales las preocupaciones de la justicia distributiva se configuran como capitales y aquellos de justicia compensatoria como subordinados a ellos. Por otro lado, la justicia distributiva y compensatoria probablemente se contrapongan en los casos en que cada una se usa para alcanzar las metas de los distintos e incompatibles principios de justicia.

Antes de dar ejemplos de los tres tipos de relación entre justicia distributiva y compensatoria identificados, es importante estar conscientes de esta anotación de Weinrib sobre la justicia compensatoria: "La restauración de la igualdad, sin usar como referencia una posición inicial específica ni la noción pertinente de la igualdad … La justicia correctiva en sí misma se encuentra desprovista de un contenido específico, el cual, por consiguiente, debe buscarse en otra parte".[55] De esta forma, en el caso del incumplimiento de un contrato después de la ejecución realizada por una de las partes, a pesar de que la justicia compensatoria requiere que la parte infractora compense a la parte no infractora, no da por sí misma la medida apropiada de compensación. Si suponemos que la parte no infractora haya entregado un bien a la parte infractora, ¿cuál debe ser la medida apropiada de compensación?, ¿el valor en el mercado del bien entregado?, ¿el precio que ha aceptado pagar la parte infractora en el contrato por ese bien? Como sugieren las observaciones de Weinrib, uno no puede responder, en principio, a esta pregunta sin referirse a ciertas normas que no son inherentes al concepto de justicia compensatoria. En resumen, sin importar cuál de las posibles relaciones entre la justicia distributiva y la compensatoria se pueda juzgar aplicable, el concepto de justicia compensatoria no prevé por sí mismo una medida legítima de compensación.

Un ejemplo en que la justicia compensatoria y la distributiva se presentan como dos personificaciones distintas del mismo principio predominante de justicia lo proporciona la noción de que la justicia requiere la aplicación de los contratos. Podemos asumir que esta perspectiva, a la cual podemos llamar *justicia como contrato*,[56] se

[55] Weinrib, *op. cit. supra* n. 51, p. 40.

[56] Michel Rosenfeld, "Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory", *Iowa Law Review*, vol. 70, 1985, pp. 769-885, en esp. p. 769.

basa en la creencia de que una sociedad basada en el libre intercambio es exclusivamente adecuada para promover la autonomía individual y el respeto. Por otro lado, en un orden sociopolítico gobernado sólo por el principio de justicia como contrato, no podría imponerse legítimamente ningún esquema voluntario de distribución. Sin embargo, es concebible que ninguna o todas, o aun *alguna* y *todas,* las configuraciones de las posesiones que pueden resultar del libre intercambio de bienes como consecuencia de contratos pueden calificarse como justas e imparciales. En otras palabras, mientras que el proceso de distribución sea una función exclusiva de la ejecución de contratos cumplidos libremente, ninguno o todos (o ninguno y todos) los *productos* de distribución que emanen de dicho proceso podrían satisfacer necesariamente el criterio relevante de justicia distributiva. Sin embargo, otra consecuencia de la premisa de que los términos de un contrato libremente cumplidos deben ser necesariamente imparciales y justos, es que la determinación de la compensación para el infractor de un contrato debe determinarse según los términos del contrato. Por lo tanto, el monto apropiado del valor del bien recibido por la parte infractora se suple con el bien de aquella parte que estaba obligada de forma contractual a entregar a la parte no infractora. Bajo estas circunstancias, si una de las partes ha cumplido el contrato y la otra parte se rehúsa a hacerlo, la misma justicia compensatoria podría restaurar completamente el equilibrio que se requiera, obligando a que la parte infractora cumpla con sus obligaciones contractuales. Bajo estas circunstancias, la ejecución de todas las obligaciones originadas por el contrato puede satisfacer los objetivos de la justicia compensatoria y promover los de la justicia distributiva. Por consiguiente, en el contexto de justicia como contrato, la justicia distributiva y la justicia compensatoria están en armonía y ambas contribuyen al logro del mismo objetivo.

Una situación en que el principio de justicia compensatoria aparenta subordinarse al de justica distributiva se da en las siguientes circunstancias. Supongamos que la justicia distributiva requiere igualdad formal de oportunidad en relación con los medios respecto de la distribución de empleos. La razón para ese requisito es el deseo de otorgar los empleos a las personas mejor cualificadas y la creencia de que esto podría ocurrir si a cada uno de los candidatos se le diera una oportunidad de demostrar que posee cualidades pertinentes. La justificación para la distribución de trabajos a los más cualificados se basa en la creencia de que dicha distribución producirá mayor eficiencia y, por lo tanto, eventualmente beneficiará a todos.

Ahora, imaginemos que una persona, a pesar de haber demostrado ser el candidato más calificado para un empleo, no es elegida para ocupar éste. Si la compensación inmediata por la violación de su derecho estuviera disponible y si éste tomara la forma de darle el empleo en cuestión, entonces, ambas, la justicia compensatoria como la distributiva, podrían satisfacerse por el simple hecho de darle el empleo que injustamente se le negó. Sin embargo, si hay un lapso significativo entre el daño y la compensación –digamos seis meses–, un conflicto aparente podría bien desarrollarse entre los objetivos de justicia distributiva y los de justicia compensatoria. Asumamos que seis meses después de que a nuestra víctima se le negó injustamente el empleo, éste se encuentra disponible de nuevo. Desde el punto de vista de la justicia compensatoria darle el trabajo a la víctima sería apropiado. Pero si cuando el empleo está disponible la segunda vez, hay candidatos que están mejor calificados que nuestra víctima para desempeñarse en dicho empleo, entonces dárselo a él parecería violar las reglas de la justicia distributiva.

Goldman argumenta que, cuando la necesidad de compensación surge de la violación de una norma distributiva dominante, hay una solución al dilema planteado por las aparentes contradicciones mutuas entre los objetivos distributivos y los compensatorios. La solución que propone sostiene que la compensación por violaciones pasadas del principio de distribución debe tomar prioridad sobre las consideraciones distributivas, aun si esto ocasiona temporalmente la suspensión de la aplicación del principio distributivo.[57] Por lo tanto, una violación de derechos de igualdad de oportunidad en el ámbito de la distribución de empleos podría ser compensada dándole a la víctima un empleo disponible de manera subsecuente, aun al precio de suspender el derecho de igual oportunidad al anterior empleo a la no víctima. Sin embargo, de acuerdo con Goldman, esta solución está justificada sólo si las pretensiones compensatorias han tenido prioridad sobre las pretensiones de justicia distributiva, pues aquellos que violaron los derechos de la víctima podrían completamente y con impunidad minar un principio distributivo legítimo.[58] Para prevenir esto, y como última instancia para preservar la integridad de un principio distributivo violado, paradójicamente, uno puede ignorar temporalmente el principio.

[57] Goldman, *op. cit. supra* n. 45, pp. 65-67.

[58] *Idem*.

En términos del análisis de Goldman, el ejemplo anterior no representa ningún conflicto genuino, a largo plazo, entre la justicia compensatoria y la distributiva. La mayor preocupación es proteger el continuo funcionamiento a largo plazo de un principio determinado de justicia distributiva. De acuerdo con éste, la principal función de la justicia compensatoria puede ser contribuir a la realización exclusiva, a largo plazo, de los objetivos de la justicia distributiva.

Finalicemos con un ejemplo de una situación donde los objetivos de la justicia compensatoria y la distributiva parecen estar directamente en conflicto. Basados en el reclamo de Weinrib de que la justicia compensatoria tiende a estar en ventaja con los principales objetivos del utilitarismo,[59] se puede concebir una situación en que un principio de justicia distributiva utilitario esté suplementado por un principio de justicia compensatoria independiente. Por lo tanto, permitámonos asumir que las distribuciones justas van a estar determinadas por la perspectiva de un acto utilitario y que el criterio de justicia compensatoria independiente requiere, *inter alia*, que la víctima de un robo sea compensada por el ladrón con el pago de una cantidad igual al valor en el mercado de la propiedad robada. Con esto en mente, consideremos el siguiente ejemplo: una madre indigente roba una barra de pan de un millonario con sobre peso, para alimentarse a sí misma y a sus hijos hambrientos. El día posterior al robo, la madre recibe una donación caritativa, igual al valor mercantil de la pieza de pan; ella trata de usar esa donación para alimentarse a sí misma y a sus hijos. De acuerdo con el principio de justicia compensatoria dominante, la madre debe dar el dinero que recibió al millonario como compensación por el robo de su barra de pan. Sin embargo, desde el punto de vista del principio de justicia utilitarista dominante, ella debe conservar el dinero, así como las utilidades que ella y sus hijos puedan generar de ese dinero, el cual superará por mucho cualquier utilidad que el millonario pudiera derivar de esta (para él) insignificante suma de dinero. Además, aun si se admite que una pérdida neta puede resultar a la sociedad como una pérdida completa si se tolera el robo de forma generalizada, parece admisible que la pérdida resultante del robo de la comida por el solo propósito de alimentar a niños hambrientos se compensaría claramente con las utilidades ganadas de la supresión del hambre. Bajo dichas circunstancias, esto aparenta ser una fuerte pre-

[59] Weinrib, *op. cit. supra* n. 51, pp. 40-41.

tensión de justicia distributiva en contra de la compensatoria, y los objetivos de la justicia distributiva parecen, por lo tanto, encontrarse en un claro conflicto con los de justicia compensatoria.

Por ello, hemos asumido la existencia de un caso paradigmático de compensación. Sin embargo, no todos los casos en que la ley impone el deber de compensación pueden resolverse usando como ejemplo ese caso paradigmático. De hecho, mientras que en el contexto de un caso de robo, la ganancia injusta del ladrón debe ser igual a la pérdida sufrida por la víctima, esto puede no ser cierto en el contexto de un conductor negligente que ha causado daños en un accidente. A diferencia del ladrón, el conductor negligente no se ha enriquecido a raíz del accidente causado por su negligencia (o al menos no se enriquece en la cantidad que es equivalente a la pérdida atribuible a los daños de la víctima del accidente). Esta falta de equivalencia entre la "ganancia" del conductor negligente y la pérdida de la víctima lleva a Coleman a concluir que la obligación completa de ser responsable de sus daños no puede establecerse considerando sólo la justicia compensatoria. En palabras de Coleman, esto se debe a que:

> El manejo negligente no resulta en ninguna ganancia injusta, por el hecho de ser perjudicial […] la obligación de reparar la pérdida injusta de la víctima no puede bastarse con el fundamento de la justicia correctiva. En otras palabras, no hay ninguna ganancia correctiva ilegal en la pérdida injusta impuesta por el culpable sobre su víctima y, por lo tanto, ninguna razón, como cuestión de justicia correctiva, para imponer la perdida de la víctima frente al culpable.

Coleman argumenta también que una persona negligente que causa algún perjuicio y que no obtiene ninguna ganancia no puede juzgarse en virtud del principio de justicia compensatoria.[60] Como señala Coleman, la preocupación de la justicia compensatoria se vincula con "ganancias y pérdidas injustas".[61] Sin embargo, desde el punto de vista de la víctima que ha sufrido una pérdida injusta, resulta irrelevante que el malhechor disfrute de una ganancia ilícita. Sin embargo, en términos de legitimidad

[60] *Idem*.
[61] *Idem*.

de la exigencia de la víctima para la compensación de una pérdida injusta, puede no ser particularmente relevante si hay o no, alguna simetría real entre la pérdida injusta y la ganancia injusta del malhechor. Por ejemplo, si un ladrón destruye un bien arrebatado a la víctima al momento de robarlo, puede no haber ganancia para éste. Sin embargo, aún parece razonable sostener que la víctima tiene un derecho válido a exigir compensación por parte del ladrón, en una cantidad igual al valor del bien destruido cuando fue robado.

También se puede argumentar que el derecho legítimo de la víctima a exigir una compensación no depende de la existencia continua del culpable. Por lo tanto, el derecho a la compensación de una víctima de robo no debe expirar con la muerte del ladrón. Una vez más, desde el punto de vista de la víctima, la pérdida injusta es la misma si el ladrón está vivo o no, y el derecho moral a la compensación debe depender completamente de la naturaleza y cantidad de la pérdida injusta, no en la medida de la ganancia del culpable o del hecho contingente que consiste en que el culpable muriera antes de que la demanda de la víctima se haya presentado formalmente.

Siempre y cuando una pretensión "de forma integral" se considere desde la perspectiva de la víctima quien ha sufrido la pérdida injusta, esa pretensión puede decirse que deriva del ámbito de la justicia compensatoria. Sin embargo, tener un derecho legítimo a la compensación no debe significar, en esta interpretación, que el demandante deba tener la garantía de recuperar el equivalente a lo que ha perdido de forma injusta. Puede haber demandas que estén en conflicto, por su derecho a la prioridad sobre los criterios prevalecientes de la justicia. Además, y más importante desde el punto de vista del presente análisis, es importante señalar que la obligación de satisfacer una demanda válida de compensación se limita generalmente a la persona física o a la entidad que es (moral o legalmente) responsable de la pérdida injusta sufrida por el demandante. No obstante, a menos que la ganancia del malhechor sea equivalente a la pérdida de la víctima, nos encontramos muy lejos de aclarar si la víctima debe tener derecho a gozar de la completa compensación por parte del culpable.

Si asumimos que hay una demanda legítima de compensación por parte de la víctima, debemos examinar el tema desde el punto de vista del culpable. Según la perspectiva de Coleman, toda esa justicia compensatoria requiere que se destruya la

ganancia ilícita del culpable.[62] Si somos consistentes con esta perspectiva, en casos en que la ganancia injusta y la pérdida son asimétricas, la obligación del culpable, según una justicia compensatoria, se limita a regresar la ganancia ilícita. Por lo tanto, aun la muerte de la víctima (por causas no relacionadas) no es suficiente para exonerar al culpable de la obligación de despojarse de su ganancia ilícita. Pero si usamos la misma regla y la pérdida de la víctima es mucho mayor que la ganancia del malhechor, la siguiente obligación, *según la justicia compensatoria*, seguiría estando limitada a la cantidad de la ganancia ilícita. Por lo tanto, desde esta perspectiva, mientras que puede ser justo imponer la responsabilidad sobre una persona culpable por la cantidad total de la pérdida de su víctima, ninguna cantidad que exceda la ganancia del culpable debe justificarse por algo más que los dictámenes de la justicia compensatoria.

La perspectiva de Coleman parece adoptar una concepción muy estrecha del ámbito de la justicia compensatoria. Sería más razonable, en ambos términos, de estándares legales y morales ampliamente aceptados, definir la justicia compensatoria de manera tan amplia como para abarcar las obligaciones del responsable de la pérdida injusta de la víctima, a pesar de la cantidad de la ganancia ilícita del culpable. Por lo tanto, en la medida en que una injusticia sufrida por una víctima pueda considerarse (en un sentido moral o legal) culpa de determinado delincuente, se tomarán en cuenta la demanda de la víctima y la obligación del delincuente de satisfacer esa demanda, para propósitos del presente análisis, con la finalidad de adentrarnos en el ámbito de la justicia compensatoria. A diferencia de la concepción de Coleman, la aplicación de los principios de justicia compensatoria no siempre lleva a una suma que dé cero.

Puede objetarse que, a menos que el ámbito de la justicia compensatoria permanezca dentro de los confines estrechos concebidos por Coleman, los límites entre las esferas de la justicia compensatoria y la justicia distributiva serán significativamente confusos. En este punto de vista, meramente restaurar el *status quo ante*[63] entre el culpable y la víctima, donde la pérdida del segundo excede la ganancia del primero, no puede considerarse, en estricto sentido, como una cuestión de compensación

[62] Coleman, *op. cit. supra* n. 50.

[63] "Situación que existía antes". N. de T.

pura. En algunos casos, una reparación de la víctima, implica una pérdida neta, y la propia distribución de esa pérdida entre el culpable [delincuente] y la víctima puede y debe propiamente verse como una cuestión de naturaleza distributiva.

En respuesta a este último argumento, se puede señalar que aun en un caso paradigmático bajo la justicia compensatoria, es probable que la restauración del *status quo ante* entre el [delincuente] y la víctima tenga consecuencias distributivas independientes. Como se señaló en el ejemplo de la madre indigente que roba pan a un millonario, las consecuencias distributivas de requerir la compensación serían una reducción neta de la utilidad. En general, parece justo asumir que las transacciones hechas de acuerdo con los principios de justicia compensatoria llevarían a cambios generales en la configuración de las propiedades en la sociedad, lo cual puede considerarse deseable o no de acuerdo con los criterios prevalecientes de justicia distributiva.

En la perspectiva del concepto de justicia distributiva y compensatoria adoptado, hay dos casos que requieren un análisis más profundo. No son casos de mera asimetría entre las ganancias y las pérdidas, sino casos donde la víctima o el malhechor han desaparecido completamente. En ambos, la satisfacción de la demanda de compensación o la obligación de compensación no pueden analizarse sólo en términos de justicia compensatoria. A diferencia de otros casos donde toda la transacción está determinada por los principios de justicia compensatoria (aunque genere también consecuencias de tipo distributivas), en los dos casos bajo consideración, la transacción relevante está determinada en parte por principios relevantes de compensación, pero también, en parte, por principios relevantes de distribución.

Para ilustrar este último punto, imaginemos un caso en que un ladrón roba algunos bienes valiosos de una víctima que muere (de una forma no relacionada con el robo) sin dejar ningún sobreviviente antes que pueda obligarse al ladrón a hacer la compensación requerida. Bajo estas circunstancias, la justicia compensatoria requeriría, al parecer, que el ladrón sea privado de su ganancia ilícita. La justicia compensatoria; sin embargo, no guiaría de ninguna manera a la determinación de quién debe recibir los bienes que el ladrón está obligado a regresar. Por otro lado, la justicia distributiva puede dar la guía necesaria. Por ejemplo, si la ganancia ilícita del ladrón se paga dentro de un fondo de superávit para distribuirse de acuerdo con el principio prevaleciente de justicia distributiva,

entonces la disposición final de la ganancia ilícita del ladrón contribuirá a la promoción de la justicia distributiva. Desde el punto de vista de la obligación impuesta al ladrón, la transacción entra en el ámbito de la justicia compensatoria, por los últimos destinatarios de los bienes regresados por el ladrón; sin embargo, la transacción pertenece al ámbito de la justicia distributiva. En resumen, en términos generales, la transacción en cuestión, es en parte compensatoria y en parte distributiva.

Un argumento similar puede hacerse en el caso de que el delincuente haya desaparecido antes de haber tenido la oportunidad de compensar a su víctima. Como ejemplo, imaginemos que un incendiario ha destruido por completo el hogar de la víctima antes de desaparecer, y no deja propiedad alguna. Asumamos, además, que los miembros de la comunidad de la víctima deciden establecer un fondo y aportar a éste con el objetivo de permitir a la víctima reconstruir su hogar. Desde la perspectiva de la víctima, el reemplazo de su casa quemada es una forma de justicia compensatoria; en contraste, para los otros miembros de la comunidad, contribuir al fondo creado para ayudar a la víctima, claramente no representa el cumplimiento de una obligación bajo la justicia compensatoria. Además, si argumentamos que el principio de justicia de la comunidad hace obligatorio a sus miembros contribuir en ciertas proporciones señaladas al fondo establecido para compensar a la víctima del incendio, desde el punto de vista de los miembros de la comunidad, la obligación a contribuir al fondo de compensación, puede verse razonablemente dentro del ámbito de la justicia distributiva. Por lo tanto, sólo en caso de que se tome la ganancia ilícita del malhechor –aunque la víctima haya desaparecido–, y la víctima sea "completamente resarcida" (a pesar de que el delincuente haya desaparecido) la transacción diseñada para rectificar el injusto hecho pasado puede ser en parte compensatoria y en parte distributiva.

Es importante distinguir entre casos que envuelvan la compensación de la víctima de una pérdida injusta provocada por personas diferentes al malhechor y casos meramente relacionados con la distribución equitativa de pérdidas, en los cuales nadie ha cometido un mal y nadie ha contado con un derecho infringido. A pesar de que en la práctica estos dos casos pueden ser en ocasiones difíciles de distinguir, en teoría, siguen siendo distintos. Por ejemplo, en el caso de un desastre natural, como un terremoto o una inundación, ciertos miembros de la sociedad pueden absorber todas las pérdidas resultantes, pero la sociedad, congruentemente con los principios dominantes de justicia distributiva, puede redistribuir estas pérdidas para que sean

compartidas proporcionalmente entre todos sus miembros. En tal caso, las víctimas del desastre, recibirían lo que parece a simple vista como la compensación de su pérdida, pero, más bien, debe verse como una redistribución destinada a eliminar la división inicial desproporcionada de las pérdidas totales.

La diferencia entre compensación y una redistribución diseñada para repartir la pérdida de forma proporcional entre los miembros de un grupo, se hace más evidente en el ejemplo del incendio seguido por la desaparición del delincuente. Supongamos que, en ese caso, la casa de la víctima sea dos veces más cara que las casas promedio a las que tendrían derecho el resto de los miembros de la sociedad. Además, cada persona en esa sociedad tiene derecho a un hogar promedio, según el principio de justicia distributiva que prescribe: "un hogar decente debe tener la forma de un hogar promedio". Bajo estas circunstancias la víctima del incendio presumiblemente tendría, después de la destrucción total de su hogar, una demanda de justicia distributiva para tener un hogar promedio y una demanda de justicia compensatoria para contar con un hogar que cueste el doble del promedio. Si, por otra parte, la comunidad otorga un hogar promedio a la víctima, entonces dicha comunidad liquida su obligación distributiva con la víctima; por lo tanto, la víctima recibe un bien al cual tiene derecho atendiendo a una justicia distributiva. Por el contrario, si la comunidad otorga a la víctima un hogar que valga el doble del promedio, entonces la víctima estaría recibiendo aquello a lo que tiene derecho bajo los principios de justicia compensatoria. Sin embargo, para determinar cuál de estas dos posibles alternativas es preferible, es necesario referirse a los principios aplicables de justicia sustantiva, o en otras palabras, a las normas que trascienden la mera noción de justicia compensatoria o distributiva.

Además de la consideración de justicia compensatoria y distributiva, el logro de la justicia generalmente depende de la implementación de procesos justos. Si asumimos que todos los preceptos de justicia sustantiva relevantes están en un mismo rango, se duda que puedan lograrse resultados justos en la ausencia de procesos adecuados. Por ejemplo, si la justicia requiere que todos los criminales sean castigados por sus actos, pero los procedimientos para determinar quiénes son los criminales son tan inadecuados que permiten que muchos que no son criminales sean castigados, mientras que la mayoría de los criminales se escapan del castigo, entonces, la falta de procedimientos justos llevaría a la frustración de los objetivos de justicia. Por lo tanto, las preguntas en torno a la justicia procesal son importantes para el alcance

en que deben figurar en la determinación de justicia de acción afirmativa, y a ellas se enfocará el siguiente análisis. Además, al examinar los problemas relacionados a la justicia procesal, me basaré en las distinciones hechas en esta materia por Rawls. De acuerdo con él, hay básicamente dos tipos de procedimientos que destacan al logro de la justicia.[64] El primero requiere un criterio independiente de justicia para determinar qué debe considerarse como distribución o compensación justa, así como un procedimiento que conduzca al resultado deseado, como se ha determinado por el criterio independiente. Si el procedimiento asegura el resultado deseado, entonces uno tiene, de acuerdo con Rawls, una "justicia procesal perfecta" si no se tiene, entonces uno tiene una "justicia procesal imperfecta".[65] Como ejemplo de lo anterior, Rawls menciona el juicio penal bajo el sistema de justicia adversarial. El sistema adversarial no siempre lleva al resultado esperado, que es la condena del culpable y la absolución del inocente, pero, si presumiblemente funciona bien en un número suficiente de casos sería, probablemente, el mejor método posible para lograr el resultado deseado: la observancia de los derechos individuales fundamentales. De acuerdo con esto, el juicio penal es procesalmente imperfecto; sin embargo, puede ser calificado como justo, siempre y cuando ninguna alternativa imperfecta pueda considerarse disponible de forma razonable.

El segundo tipo de procedimiento considerado por Rawls lleva a lo que él da el término de "justicia puramente procesal". En contraste con la justicia procesal perfecta e imperfecta, la justicia puramente procesal no requiere de la existencia de un criterio independiente de justicia para su validación. De hecho, según la concepción de Rawls, en el contexto de la justicia puramente procesal, cualquier resultado es justo a condición de que un procedimiento haya sido seguido correctamente.[66] Como ejemplo de justicia procesal pura Rawls sugiere un juego. En sus propias palabras: "Si un número de personas lleva a cabo una serie de apuestas imparciales, la distribución que se haga del dinero después de la última apuesta es justa, o por lo menos no es injusta, cualquiera que sea esta distribución". Cualquier distribución resultante de una serie de apuestas imparciales es justa, siempre y cuando la apuesta con-

[64] Rawls, *op. cit. supra* n. 44, pp. 85-87.
[65] *Ibidem*, p. 85.
[66] *Ibidem*, p. 86.

tinúe siendo imparcial. Entonces, por ejemplo, si una trampa estropea la apuesta, la distribución resultante sería injusta. De hecho, que cada apostador, que arriesga su propio dinero con la esperanza de ganar una suma mucho mayor, cuenta con una igualdad de oportunidad en relación con las posibilidades (o igualdad de oportunidad en relación con los medios, si la forma particular del juego en cuestión depende de la habilidad, así como de la suerte) de ganar la mayor suma al final del proceso fortuito. Al revertir el procedimiento fortuito, hacer trampa altera las posibilidades de los apostadores y los priva de una igualdad de oportunidades. En general, donde la justicia procesal pura es apropiada, la amenaza principal de la justica se deriva de la intromisión con los procesos diseñados para guiar a la realización de la justicia procesal pura. Además, a medida que el uso de los procedimientos particulares se vincule con la promoción de la igualdad de oportunidad, y que la adquisición de un bien sea similar a mejorar las posibilidades (o los medios) de adquirir algún otro, las violaciones de la justicia procesal pura pueden presentar problemas de refuerzo que resulten molestos. En muchas de tales instancias, la mera restauración de la operación del procedimiento violado puede ser insuficiente para borrar las ventajas injustas ganadas como resultado de dicha violación. Por lo tanto, en cierto número de casos, es improbable que se puedan remediar los efectos de la interferencia con un esquema puramente procesal, con el simple regreso a los procesos creados originalmente para la producción de una justicia puramente procedimental.

El significado de acción afirmativa

Hay mucha confusión en relación con el significado de la *acción afirmativa*,[67] pues muchas prácticas y políticas de diferente orden caen bajo esa rúbrica.[68] El amplio ámbito y aparente elasticidad del término se ve claramente en la definición de Greenawalt:

> La acción afirmativa es una frase que se refiere a los intentos de traer a los miembros de grupos infrarrepresentados, usualmente grupos que han sufrido discriminación,

[67] Fullinwider, *op. cit. supra* n. 43, p. 159.
[68] *Ibidem*, capítulos 11 y 12.

a un grado más alto de participación en determinados programas benéficos. Algunos esfuerzos de acción afirmativa, incluyen tratos preferentes, otros no.[69]

Además, las acciones afirmativas han sido también asociadas con la imposición de "cuotas" y "objetivos".[70] Otro término que se asocia a menudo con la acción afirmativa es la "discriminación inversa", que en palabras de Greenwalt "significa una diferencia en determinados tratos que revierten los efectos de discriminaciones pasadas".[71]

Como a los términos de *discriminación y discriminación de primer orden*, al término "discriminación inversa" puede dársele una connotación negativa. Si, por ejemplo, la discriminación de primer orden consiste en poner a los negros en desventaja porque son negros, entonces, la discriminación inversa bien puede implicar la necesidad de colocar en desventaja a los blancos porque son blancos. Pero mientras que el racista presumiblemente quiera una desventaja sobre sus víctimas debido a la raza de éstos últimos, no es el principal objetivo de la vasta mayoría de los defensores de las acciones afirmativas colocar a los blancos en desventaja sólo por su raza. De acuerdo con esto, se entiende que, como Greenwalt anota: "algunas personas quienes apoyan [las acciones afirmativas] los programas, objetan al término *discriminación inversa*" porque temen que dichos programas sean etiquetados con la suposición de ser injustificables que acompaña otras prácticas que llaman discriminatorias".[72]

Se debe considerar también que la discriminación inversa es casi lo mismo que la discriminación de primer orden, con un simple cambio de víctimas, también es objetable moralmente. El principio de la igualdad excluye poner a los blancos en desventaja debido al color de su piel, tanto como se prohíbe poner en desventaja a los negros sobre la misma base. Debido a esto, y a las dificultades que se involucran en la disociación del término *discriminación inversa* desde sus connotaciones negativas, eliminaré su uso en el curso del siguiente análisis.

[69] Kent Greenwalt, *Discrimination and Reverse Discrimination,* Nueva York, Alfred A. Knopf, 1983, p. 17.
[70] *Idem*.
[71] *Ibidem*, p. 16.
[72] *Idem*.

El *trato preferencial* incluye la concesión de preferencia a una o varias personas entre un grupo de competidores, pero como Greenwalt observa, no todas esas preferencias constituyen tratos preferenciales.[73] Por ejemplo, seleccionar al atleta más talentoso para un equipo, indica una preferencia por ese atleta sobre todos los demás que también desean formar parte del equipo, pero no se caracteriza propiamente como trato preferencial. Como el siguiente examen de acción afirmativa estará limitado a los contextos de admisiones a la universidad y a la contratación en el empleo, me debo enfocar en el significado que al trato preferencial tiene en estos contextos específicos. Con relación al contexto de contratación y al aspecto de la raza, Fullinwider da la siguiente definición de trato preferencial: "se contrata a un negro preferencialmente sobre un blanco cuando el negro, debido a su color, es elegido sobre, un blanco mejor cualificado, donde ser negro no es una cualidad relacionada al empleo".[74] La definición de Fullinwider podría modificarse fácilmente para aplicarla al contexto de la educación al reemplazar "preferencialmente contratado" por "preferencialmente admitido", y "ser negro no es una cualidad relacionada con el empleo", con "ser negro no afecta las habilidades educativas de un candidato para su admisión". Además, la definición de Fullinwider puede expandirse para cubrir el trato preferencial sobre la base de género, con la mera sustitución, donde sea apropiado, de mujeres y hombres, por blancos y negros.

A partir de una de las suposiciones que haré en la siguiente sección se pueden determinar las cualidades académicas y de trabajo con la precisión suficiente para poder hacer una comparación justa y significativa entre la competencia de candidatos. Parece conveniente adoptar la definición de Fullinwider. Sin embargo, hay un mayor problema en ella. Fullinwider sostiene que un negro es preferencialmente contratado sobre un blanco mejor calificado "porque es negro". Leer la frase "porque es negro" en su sentido literal parece ser poco útil para la definición de Fullinwider sobre contratación preferencial y finalmente indistinguible de la discriminación inversa en su connotación peyorativa. Además, quizá una consecuencia aún más desafortunada de la inclusión de la frase de Fullinwider: "porque es negro" es su definición de contratación preferencial, que es, que las limitaciones que esta impone pueden excluir muchas prácticas que claramente parecen involucrar el trato preferencial.

[73] *Idem*.

[74] Fullinwider, *op. cit. supra* n. 43, p. 17.

Por ejemplo, parece razonable mantener que se da un trato preferencial cuando se contrata a un negro sobre un blanco más cualificado porque los negros como grupo están infrarrepresentados en la fuerza laboral o porque los negros como grupo han sido discriminados en el pasado. Hablando estrictamente, en esos casos, un negro no es contratado *porque es negro*, sino porque él es miembro de un grupo infrarrepresentado o de un grupo que ha experimentado la discriminación en el pasado. Por lo tanto, una definición suficientemente amplia de trato preferencial debe abarcar casos donde se prefiere a los negros sobre los blancos sólo por su color de piel y casos donde la preferencia en cuestión está sustentada en cualquier otra razón que no está estrictamente relacionada con cualidades académicas o de empleo.

Puede objetarse, que la definición de trato preferencial adoptada puede ser muy extensa. Por ejemplo, alguien puede argumentar que cuando un negro es contratado sobre un blanco más cualificado, pero el negro en cuestión ha sido discriminado personalmente en el pasado por el mismo patrón que lo ha contratado ahora, entonces lo que se involucra no es trato preferencial sino una compensación por un error pasado. En respuesta, podemos señalar que, a pesar de que los principios de justicia compensatoria pueden dar una justificación moral para el resultado logrado en el ejemplo, el caso puede considerarse como trato preferencial. Parece consistente tomar la perspectiva de que, en una competencia por un empleo escaso, cualquier privilegio en el trabajo de cualquier otra índole, que no tenga relación con las cualidades relacionadas con el empleo, involucra algún tipo de trato preferencial. Además, esta perspectiva se apoya con el hecho de que la recompensa posterior, un empleo otorgado a un candidato rechazado injustamente, no es de ninguna manera la única forma concebible de una compensación aceptable. Por ejemplo, es ligeramente admisible que al menos en algunos casos la recompensa de daños monetarios satisfaga los principios dominantes de la justicia compensatoria. De acuerdo con esto, parece ampliamente justificable no igualar la contratación preferencial de una víctima de discriminación laboral (de primer orden) con la satisfacción de la justicia compensatoria.

Uno puede intentar justificar el tratamiento preferencial tanto en bases distributivas como compensatorias. Por ejemplo, uno puede intentar justificar ciertos tipos de trato preferencial hacia los militares veteranos con el fin de motivar al servicio voluntario en las fuerzas armadas. Además, dependiendo del tipo de trato preferencial involucrado en los principios de justicia aplicables y en las circunstancias, el trato preferencial puede ser justo o injusto, deseable o no deseable. En el último análisis,

mientras que uno esté dispuesto a aceptar que el trato preferencial en sí mismo no es ni intrínsecamente bueno ni intrínsecamente malo, parece apropiado basarnos en el extenso concepto de trato preferencial adoptado y dejar a cada caso particular la determinación de si su uso es justificado bajo las circunstancias.

En el contexto de las acciones afirmativas, muchos creen que los "objetivos" son buenos, pero las "cuotas" malas.[75] Sin embargo, Fullinwider, sostiene que es engañoso señalar que los objetivos son significativamente diferentes a las cuotas. Las regulaciones gubernamentales pueden tener una tendencia a presentar los objetivos como "flexibles", pero no hay nada inherente en los objetivos o en las cuotas que requiera que éste sea el caso. De hecho, Fullinwider sostiene, que puede haber objetivos "inflexibles" y cuotas "flexibles".[76]

En el contexto de las confusiones y los desacuerdos en torno de estos términos, parece recomendable establecer una definición particular para cada uno de ellos; en el contexto particular de la acción afirmativa, se debe definir qué son los objetivos y las cuotas relacionadas a la proporción relativa de los miembros de los diferentes grupos, en empleos o programas educacionales particulares. Fijar un objetivo es apuntar en el futuro a algún logro en la proporción de negros y blancos, o de mujeres y hombres, en un determinado lugar de trabajo o en un programa universitario. Como he señalado, el objetivo puede ser flexible o inflexible. Además, el tiempo para su realización puede ser corto o largo, limitado o ilimitado. Por el contrario, las formas para lograrlo, pueden no implicar más que el esmero por conseguir la igualdad formal de oportunidad o pueden ser tan extensas como para permitir sin restricción el uso del trato preferencial.

Las cuotas se relacionan con distribuciones particulares de empleos o de oportunidades en las universidades. Las cuotas requieren que un número establecido o una proporción fija de los bienes se asignen sobre una base diferente a las cualificaciones vinculadas con el trabajo o la educación, o en adición a éstas. Una cuota puede requerir la asignación de un número o de un porcentaje fijo de los bienes a los cuales se aplica esto a los miembros de cierto grupo. Por ejemplo, una cuota

[75] *Ibidem*, p. 161.
[76] *Ibidem*, p. 164.

puede requerir que diez lugares o diez por ciento de los lugares en la generación entrante de una escuela de medicina puedan reservarse a los negros. Una cuota también puede imponer un piso o un techo, o ambos. Por ejemplo, una cuota puede requerir que un mínimo de diez por ciento de negros sea admitido. Donde dos grupos están involucrados, como los blancos y los negros, una cuota que impone un piso con respecto a un grupo, también impone automáticamente un techo con respecto al otro grupo.

Como he mencionado, las cuotas pueden ser flexibles o inflexibles. Un ejemplo de cuota flexible sería una que requiere apartar diez por ciento de los lugares de una nueva generación de una escuela de medicina para candidatos que pertenezcan a grupos minoritarios, estableciendo que dicha cuota pueda reducirse en proporción a la escasez de candidatos de grupos minoritarios que estén mínimamente cualificados para entrar a la escuela de medicina. Por lo tanto, siendo consistentes con esta cuota flexible, una escuela de medicina bien puede satisfacer estas obligaciones, llenando con menos del diez por cierto de sus lugares disponibles con candidatos minoritarios. Además, a pesar de que las cuotas están asociadas usualmente con el trato preferencial, esta necesidad no es necesariamente el caso. Supongamos, por ejemplo, que a las mujeres se les ha prohibido por ley tener ciertos empleos, para los cuales un gran número de ellas están cualificadas. La ley en cuestión es revocada, y una cuota impuesta requiere que al menos diez por ciento de los nuevos trabajos disponibles sean dados a las mujeres. En esta situación bien puede ser que el mero cumplimiento de la igualdad de oportunidad formal bastaría para garantizar la satisfacción de la cuota. Finalmente, es importante recordar que las cuotas no se usan sólo para perseguir los objetivos de la acción afirmativa (que es incrementar la representación de un grupo previamente infrarrepresentado en la fuerza laboral o en las universidades) sino también como medio para terminar con la discriminación de primer orden, al obligar a la reducción o la limitación artificialmente impuesta, en representación de un grupo que ha sido víctima de la discriminación. En la medida que la imposición de un piso para un grupo implica la imposición de un techo para otro, la determinación de si la cuota involucrada es primariamente diseñada para implementar una acción afirmativa o tiene un objetivo de discriminación de primer orden parecerá depender de ciertas variables, como las proporciones relativas impuestas por la cuota y las intenciones que se esconden detrás de la decisión de adoptar la cuota.

En el último análisis, las cuotas en sí, como los objetivos y el trato preferencial parecerían no ser ni buenas ni malas, ni deseables ni no deseables. Si cualquier cuota se califica como justa o injusta, buena o mala, parecería depender de la naturaleza de la cuota y del contexto (conceptual e histórico) donde se busca su aplicación. Por ejemplo, una cuota flexible que conlleva un trato no preferencial y que se implementa con el propósito de establecer un equilibrio perdido en la proporción de hombres a mujeres de una escuela, podría parecer incuestionable para la gran mayoría de la gente. En el otro extremo, una cuota rígida que establezca un tope muy bajo para limitar drásticamente el número de miembros de una minoría perseguida que intenta conseguir trabajos deseables, sería sin duda repugnante para todas las personas realmente comprometidas con el principio de igualdad.

Una extensa variedad de prácticas se encuentran dentro del rango de fórmulas apropiadas de acciones afirmativas, como las concebidas por las entidades estatales. Para mencionar un ejemplo, la Comisión de Oportunidad de Empleo Igual (*The Equal Employment Opportunity Comission*), en su reglamento, al describir los tipos de acciones afirmativas que serían apropiados bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, se refiere en específico a las siguientes prácticas, entre otras: la adopción por parte de los empleadores de programas de entrenamiento que "provean a las minorías y a las mujeres de la oportunidad, la habilidad, y la experiencia para realizar (en ciertos trabajos)", extensos programas de reclutamiento o modificaciones en los procedimientos de ascenso y despido. Además, estos reglamentos establecen que un plan de acción afirmativa puede incluir objetivos, horarios, y otras "herramientas apropiadas de empleo que reconocen la raza, sexo u origen de los solicitantes o de los empleados". De esto último, los siguientes son apropiados para la Comisión: "un esfuerzo sistemático para organizar el trabajo y rediseñar empleos que den oportunidades para las personas con falta de […] habilidades para entrar y con una capacitación apropiada para progresar en el campo de una profesión", "renovar la selección de instrumentos o procedimientos […] para reducir o eliminar efectos exclusivistas sobre grupos particulares en clasificaciones laborales particulares" y "un esfuerzo sistemático para dar capacitación para progresar en una profesión […] a los empleados en empleos temporales".

Dado el extenso rango de prácticas que pueden encontrarse bajo el concepto de acción afirmativa, debemos establecer en un significado preciso del término. Por otra parte, dados los objetivos del presente trabajo, parece apropiado concentrarse en las

prácticas más controversiales. Si estas prácticas controversiales pueden justificarse filosófica y constitucionalmente bajo ciertas circunstancias –como concluiré al cierre del análisis–, podemos asumir razonablemente que las prácticas menos controversiales serían también justificadas, al menos bajo las mismas circunstancias. Por ejemplo, si las cuotas que requieren una contratación preferencial son justificadas por los negros norteamericanos bajo la teoría de justicia compensatoria, entonces intuitivamente parece cierto que el reclutamiento activo de negros norteamericanos o los programas laborales de entrenamiento diseñados para su beneficio se justifican bajo la misma teoría. De acuerdo con la discusión previa, las *acciones afirmativas* deben asumirse, de aquí en adelante, como programas que incluyen algún tipo de trato preferencial. Específicamente, la acción afirmativa se debe referir a la contratación preferencial, ascenso y despido de minorías o de mujeres, a la admisión preferencial de minorías o de mujeres a las universidades o a la selección preferencial de negocios con minorías o mujeres, para ejecutar trabajo gubernamental público, para propósitos de remediar un mal o incrementar la proporción de minorías o de mujeres en la fuerza laboral, la clase empresarial o la población estudiantil universitaria. Además, este trato preferencial puede requerir un orden, entre otras cosas, para lograr un objetivo definido o para llenar una cuota establecida. En el contexto de contratación y promoción, el trato preferencial debe incluir la contratación o ascenso de miembros de una minoría o a una mujer respecto de un grupo no minoritario que se encuentra mejor cualificado o respecto de un hombre. En el contexto de despidos, el trato preferencial debe significar que un grupo no minoritario o un hombre con más antigüedad laboral debe ser despedido antes que una minoría situada en una situación similar o que una mujer que tenga menos antigüedad laboral.

SUPOSICIONES SOBRE CIERTOS ASPECTOS RELEVANTES

Aun si asumimos un consenso respecto de los principios normativos aplicables, la determinación de si las acciones afirmativas serían apropiadas bajo ciertas circunstancias, depende posiblemente de un largo número de variables. Por ejemplo, en el contexto de la teoría contractual de Goldman, contratar a la persona más competente satisface los principios pertinentes de la justicia distributiva y tanto la discriminación de primer orden como el trato preferencial deben ser evaluados en términos

de los derechos de asignación del más competente a la más escasa posición.[77] Por lo tanto, entre otras cosas, surgen preguntas relacionadas al criterio para medir y comparar la aptitud relativa, la validez de basar las predicciones del desempeño futuro sobre el desempeño anterior como estudiante universitario, y el peso que debe darse a las bases culturales en la evaluación de los currículos y lo deseable de ciertas habilidades.[78] Por lo tanto, la validez de la tesis de Coleman depende, al menos en parte, de las respuestas que se puedan dar a estas preguntas. Si por ejemplo, fuera imposible predecir el desempeño futuro sobre la base del desempeño pasado, el principio distributivo de Goldman, de otorgar empleos a los más competentes, sería de valor limitado, pues sería imposible de poner en ejecución.

En general, en una sociedad caracterizada por las formas avanzadas de organización social y económica, el proceso de producción y distribución de beneficios y cargas posiblemente sea complejo, lo que hace difícil averiguar con precisión la contribución de los individuos comprometidos en empresas colectivas. Además, aun si dichas contribuciones fueran fáciles de medir, "en economías sofisticadas", como observa Goldman "hay fuerzas, poder político, organización, etc., que operan para otorgar privilegios fuera de la proporción de la contribución".[79] Finalmente, aunque las contribuciones individuales pudieran medirse de forma precisa y las recompensas fueran proporcionales a dichas contribuciones, el valor de cada contribución no se determinaría en abstracto, sino en el contexto de los procesos particulares de producción, dependiendo de ciertos patrones de jerarquía establecidos y, en cierta forma significativa, de acuerdo con procedimientos de selección parciales de empleo. Dadas estas variables complejas, podría ser difícil determinar *cuándo* la baja representación evidente de un grupo en particular en cierto segmento de la fuerza laboral legítimamente reclama una acción correctora o *qué* remedio podría ser adecuado, una vez que se decide que es necesario.

Para excluir la exploración de estas variables más adelante, y concentrarme en los principales aspectos teóricos sobre la relación entre la acción afirmativa y la justicia haré la siguiente suposición sin adelantar referencias de su posible validez empírica.

[77] Goldman, *op. cit. supra* n. 45, pp. 23-24.
[78] *Ibidem*, pp. 49, 51, 58-60.
[79] *Ibidem*, p. 32.

Mi propósito al hacer estas suposiciones, es establecer un modelo simplificado indudable de los recientes sistemas educativos y de distribución de empleo, con una perspectiva de apoyar la propuesta que establece que los candidatos más calificados deben tener derecho a los lugares o posiciones por las que compiten. De acuerdo con esto, asumiré que hay una base apropiada para la medida, evaluación y comparación de las cualidades de los candidatos para ocupar posiciones y plazas escasas, y que las predicciones concernientes a la probabilidad de éxito en futuros desempeños basados en un examen y en una evaluación de desempeños pasados puede ser suficientemente exacta para justificar basarse en ellas.

Una razón importante para hacer estas suposiciones es que la pretensión de que los más calificados tengan derecho a las plazas y posiciones escasas parece dar un fuerte apoyo en contra de la discriminación de primer orden y plantea la pregunta de si las acciones afirmativas pueden justificarse sin importar que los candidatos más calificados tengan un derecho distributivo a las plazas y lugares escasos. Para estar seguros, la discriminación de primer orden puede ser condenada aun en la ausencia de cualquier derecho distributivo, como sería el caso de un sistema normativo que hizo alguna discriminación intrínsecamente incorrecta. Sin embargo, como las suposiciones en cuestión refuerzan la pretensión anterior sin rechazar de ninguna manera la fuerza de la propuesta moral, éstas parecen ser, en el mejor caso, útiles y, en el peor, dañinas. De manera similar, la pretensión apoyada por estas suposiciones puede ser muy importante para algunas teorías relacionadas con la justicia de la acción afirmativa. Por el contrario, el rechazo de la validez de esa pretensión por las teorías rivales no aparenta estar obstaculizada, en ningún sentido, por el apoyo continuo de estas suposiciones. Nada excluye que alguien que crea que las cualidades relativas pueden medirse en forma precisa y que el desempeño en el pasado es un indicador exacto del futuro desempeño sostenga que no debe haber ningún derecho distributivo para las plazas y posiciones para aquellos que demuestren que son los más cualificados.

Para simplificar el modelo en formas que no lleven a la distorsión significativa de alguno de los principales aspectos examinados, también haré las siguientes suposiciones. Primero, supondré que los procedimientos de selección para la admisión a instituciones educativas y para cubrir las vacantes de empleos escasos no están diseñados intrínsecamente para favorecer o perjudicar a ningún grupo en particular. Sin embargo, esto no significa que los miembros de un cierto grupo no puedan estar en

desventaja con respecto a ciertos procesos de selección. Esto significa, en cambio, que tales desventajas deben asumirse, desde el principio, como una consecuencia de discriminación de primer orden, pasada o presente mejor que aquella de naturaleza intrínseca de cualquier proceso de selección.

Debe asumirse que las cualidades pertinentes para obtener las plazas y las posiciones escasas son producto de diversos factores, como el entrenamiento, el esfuerzo y los talentos o capacidades innatos. En algunos casos las cualidades relevantes pueden ser primariamente e incluso exclusivamente una función de la posesión de talentos innatos. En ningún momento asumiré que los talentos o capacidades innatas superiores nunca dan, en sí mismas, una justificación moral para demandar un lugar o posición escasa. Esta suposición está basada en la creencia de que los individuos no son más responsables por los talentos innatos que poseen que por el color de su piel. Sin embargo, esta suposición no apoya la suposición moral de otorgar las plazas y posiciones escasas a quienes poseen el talento innato mientras que tal justificación se predique en algo más que el mero hecho de la posesión de talentos superiores. Por ejemplo, esta suposición no está destinada a dejar de otorgar las plazas y las posiciones escasas a los más talentosos debido a la creencia de que esto guiaría a un aumento neto en la utilidad o que estaría de acuerdo en el curso de hacer un contrato social.

La última asunción que haré en esta sección se relaciona con el papel de la raza o el sexo como cualidad de empleo. Casos que pueden ajustarse en la definición de trato preferencial pero que involucran ejemplos de raza o sexo, al ser cualidades de empleo *bona fide*, no son, estrictamente hablando, casos de trato preferencial. Dependiendo de si alguien asume una perspectiva amplia o reducida de cualidades relacionadas con la raza o el sexo, como cualidades relacionadas con el trabajo, alguien podría sustancialmente aumentar o reducir el número y tipos de casos que pueden caracterizarse como ejemplos de trato preferencial. Si alguien adopta una concepción reducida de la raza o el sexo como cualidades relacionadas con el empleo, de acuerdo con la cual sólo la raza y el sexo pueden ser consideradas propiamente cualidades de empleo, donde la naturaleza y la calidad del desempeño de las tareas que se requieren para que el trabajo necesariamente varíe de acuerdo con la raza y sexo del empleado, la gran mayoría de casos que involucran una preferencia de raza o de sexo sería considerada como casos de trato preferencial. Un ejemplo donde el sexo sería propiamente considerado *bona fide* como cualidad para el empleo de acuerdo con este reducido concepto, se-

ría un caso donde se busque una actriz joven para llevar el papel principal femenino romántico en una película.

En contraste, bajo un concepto amplio, la raza y el sexo podrían considerarse cualidades *bona fide* sólo si hay alguna probabilidad de que contribuya a aumentar el desempeño de ciertas tareas directa o indirectamente asociadas con el empleo que será otorgado. Por ejemplo, bajo un concepto reducido, el sexo parecería no ser una cualidad propia de empleo para un profesor de matemáticas en un colegio. Sin embargo, bajo el concepto amplio, el sexo bien puede considerarse una cualidad considerada relevante para cubrir una vacante en el área de matemáticas (donde sólo hay hombres) de una universidad mixta. Sin embargo, el aumento de la diversidad en el departamento de matemáticas, con la contratación de una mujer, puede tener un efecto positivo en todos los miembros. También, al crear modelos de roles positivos para las estudiantes, la contratación de una profesora de matemáticas podría crear un aumento en la motivación para estudiar matemáticas.

Ya sea amplio o reducido el concepto de raza o de sexo como una cualificación del empleo debe considerarse, a fin de cuentas, como tema de debate. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo, asumiré que el concepto reducido es el correcto. El principal argumento a favor de esta aseveración es que, aun si se vuelven injustificados, en la peor situación, ciertos casos que tendrían que estar justificados como ejemplos legítimos de acciones afirmativas tendrían que probar que están justificadas, pero por otras razones; por el contrario, ciertos casos no justificados, como ejemplos legítimos de acciones afirmativas, en un momento dado, tendrían que demostrar su no relación con las acciones afirmativas.

MARCO CONCEPTUAL DE LAS ACCIONES Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS

Fernando Rey Martínez[1]

Si bien el derecho de la Unión Europea se refiere tradicionalmente a seis rasgos "sospechosos" de discriminación (sexo, origen étnico o racial, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual), en este estudio nos referiremos fundamentalmente (aunque no sólo) a los dos primeros: el sexo y el origen étnico o racial. Las razones de esta elección, además de la obvia necesidad de no dispersar en exceso el foco de atención, descansan en que son los dos rasgos sobre los que se construyó inicialmente el derecho antidiscriminatorio europeo (y español), son los que mayor desarrollo normativo y jurisprudencial han recibido (junto con el de la discapacidad) y son los más importantes, ya que responden al ataque más destructor de la dignidad, la etnia,[2] y al más extendido y más primario porque siempre se añade al resto de agresiones discriminadoras, el sexo.[3] La discriminación por religión o convicción ideológica apenas tiene un desarrollo específico porque, de ordinario, se engloba en las específi-

[1] Catedrático de derecho constitucional, Universidad de Valladolid, correo electrónico: <rey@der.uva.es>.

[2] A lo largo de este texto la minoría étnica más mencionada será la gitana porque es la más numerosa en España (entre medio millón y un millón de personas; teniendo en cuenta, además, la creciente inmigración de gitanos, sobre todo de Europa del este), la más antigua en suelo español y la que es víctima de los peores prejuicios. El considerando duodécimo de la Decisión que Establece 2007 como el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos califica a la población romaní en la Unión Europea como "el grupo étnico más desfavorecido de la Unión Europea" (luego señala las discriminaciones que aún pesan sobre él en materia de empleo, educación y servicios sociales).

[3] Somos conscientes de las diferencias conceptuales entre *género* y *sexo*, pero en el lenguaje jurídico se utilizan (como haremos nosotros aquí) de modo fungible.

cas libertades de ideología y de religión. La discriminación por discapacidad también ha experimentado un fuerte desarrollo en el derecho comunitario derivado y en el derecho interno, pero merece un tratamiento hasta cierto punto diferente porque no se basa (o no sólo) en un estereotipo negativo (del tipo de los prejuicios racistas o sexistas), sino en una diferencia objetiva que impide a las personas discapacitadas el acceso en condiciones de igualdad a ciertos servicios y bienes públicos, incluida la posibilidad de desarrollar una carrera profesional en idénticas condiciones que las personas no discapacitadas. La discriminación por razón de edad, el denominado "ageismo", tanto por arriba (en relación con los mayores) como por abajo (respecto de los jóvenes y los niños), es una rama del derecho antidiscriminatorio de reciente creación. Los prejuicios sociales ligados a la edad no suelen, sin embargo, ser tan agresivos como los relativos a la raza o al sexo. Por último, la discriminación por orientación sexual también se fundamenta en prejuicios profundamente destructores de la personalidad humana (acaso, sólo comparables a los prejuicios raciales); la condición de homosexual puede llegar a resultar estigmatizante en ciertas relaciones sociales. Pero, en este caso, a diferencia de lo que sucede con la discriminación que sufren las mujeres y los grupos étnicos minoritarios, no hay relación directa entre la discriminación y las desventajas socioeconómicas. A las seis causas de discriminación especialmente odiosa hay que añadir el concepto de discriminación múltiple, que se produce cuando una persona reúne varias de los rasgos aludidos sobre los que recaen prejuicios hondamente arraigados.[4] Como tendremos ocasión de comprobar, en todas estas hipótesis hay elementos comunes, pero también aspectos diferenciables, que los hace acreedores de un análisis específico.

Analizaremos de modo particular la discriminación por razón de género porque la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores: se protegería a la mujer porque, en definitiva, se la consideraría un ser de inferior valor social y, por ello mismo, merecedora de un *plus* de protección) la que afecta al mayor

[4] Sobre el sentido y alcance del concepto de multidiscriminación, permítaseme la remisión a un artículo que se publicará en el próximo número de la *Revista Española de Derecho Constitucional* titulado "La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo".

número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones. Examinaremos también la discriminación racial o étnica porque está muy arraigada en el tiempo y afecta a numerosos espacios de la existencia; es llamativa la *esquizofrenia* que resulta de una abundante normativa protectora, sobre todo de carácter internacional, coexistente con escasas decisiones judiciales en la materia (algunas de ellas, bastante discutibles además) y, en general, con escasos avances reales en la igualdad de las minorías étnicas y, sobre todo, porque es la más odiosa de todas las formas de discriminación en la medida en que en ella el prejuicio social llega a convertirse en un auténtico estigma grabado sobre los miembros de la minoría étnica, que les impide, normalmente, equipararse al nivel de vida de la mayoría de la población.

En primer lugar, expondremos el contenido del derecho de igualdad. La idea de igualdad es engañosamente sencilla. Esta parte del trabajo es válida para las seis causas de discriminación. En segundo lugar, examinaremos las políticas de igualdad de género y racial o étnica en nuestro país de modo crítico, y procederemos a sugerir una interpretación de los conceptos de acciones y de discriminaciones positivas.

UNA SUCINTA GRAMÁTICA CONCEPTUAL SOBRE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La Constitución española se refiere en bastantes momentos a la igualdad. De modo central, en el artículo 14: los españoles somos "iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"; el artículo 9.2 de la Constitución española ordena a los poderes públicos la promoción de la igualdad "real y efectiva" de individuos y grupos; el artículo 32.1 consagra la "plena igualdad jurídica" entre hombre y mujer en el matrimonio y el artículo 35.1 prohíbe la discriminación por razón de sexo respecto del "derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente".

Ahora bien, ¿qué significado tiene la idea jurídica de igualdad? La igualdad no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados

exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad), ni tampoco, por el contrario, que se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). La igualdad es un criterio de distribución de recursos escasos; por eso, se plantea siempre en contextos de reparto y de modo problemático, por eso está asociada a la misma idea de justicia e incluso de derecho. Es un criterio de lo que en una sociedad, en un periodo concreto, se postula como razonable para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos dado, respecto de un criterio previamente determinado (un *tertium comparationis*). Por ello, pesa sobre quien solicite la aplicación del principio de igualdad la carga de aportar un término de comparación adecuado y suficiente que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación razonable. La idea jurídica de igualdad sirve para determinar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es tolerable. Por ello constituye una técnica de control. La igualdad es un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible, porque en el derecho, como en la realidad, lo "natural" es la desigualdad. El Tribunal Constitucional ha encontrado "razonables" (y, por tanto, no discriminatorias) diferencias jurídicas de trato como las siguientes: el establecimiento de una edad máxima de jubilación (pues sería una medida que favorecería el empleo de los jóvenes), la figura de la agravante de reincidencia, una ley singular (siempre que responda a una situación extraordinaria), el subsidio especial de desempleo para los trabajadores agrícolas eventuales andaluces y extremeños, entre otras. Por el contrario, ha considerado desigualdades discriminatorias la menor pensión alimenticia que debían pasar a sus familiares los militares (respecto de la población civil), la no extensión del derecho a percibir una pensión extraordinaria a las viudas de esposos ejecutados en la zona "nacional" (que sí percibían las viudas de esposos ejecutados en la "republicana"), el régimen fiscal de declaración conjunta y acumulación de rentas de las personas unidas por matrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entre muchas otras.[5]

[5] Véase Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Rey Martínez, "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional", en Julián Martínez-Simancas Sánchez y Manuel Aragón Reyes (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, vol. I, Madrid, Banco Central Hispano/Aranzadi, 1998, pp. 242-340.

El Tribunal Constitucional Español no ha admitido la denominada "discriminación por indiferenciación", esto es, el derecho a un trato jurídico diferenciado de supuestos distintos (o interdicción de la identidad de trato entre sujetos en posiciones fácticas diferentes). El artículo 14 de la Constitución española, ha venido sosteniendo el Tribunal, no abarca un "derecho a la desigualdad", esto es, el derecho a ser tratado jurídicamente de modo distinto (y favorable) a quien de hecho se encuentra de modo diferente (y peor). Sin embargo, creo que subsiste, al menos en el plano teórico, el problema de la discriminación por indiferenciación (a la que también podríamos llamar "discriminación por igualación"). El Tribunal lo resuelve demasiado rápido y sin aportar argumentos consistentes. Como ha demostrado Eduardo Cobreros, la simple apelación a la dicción literal del artículo 14 de la Constitución española y a la generalidad de la ley, por sí solas, no resultan convincentes para justificar su no inclusión en el ámbito normativo de tal artículo 14.[6] En un trabajo an-

[6] Eduardo Cobreros Mendazona, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 27, núm. 81, septiembre-diciembre, 2007, pp. 71-114, pp. 102-108. Comparto con él la crítica en este punto, pero no toda su argumentación, en particular, su utilización de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. El Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discriminación por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del artículo 14 del Convenio en Relación con el Derecho de Libertad Religiosa del Artículo 9°. Según el profesor Cobreros, esta sentencia obligaría a interpretar, por la regla hermenéutica del artículo 10.2 de la Constitución española, que la discriminación por indiferenciación está prohibida por el artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa, de modo que el artículo 10.2 no sería aún aplicable o no de un modo imperativo. A mi juicio, nunca lo es por esta vía: el intérprete constitucional, y mucho más si se trata del Tribunal Constitucional, es libre para elegir los criterios hermenéuticos de resolución del caso, no lo es sólo para no elegir ningún canon interpretativo de corte jurídico. En cualquier caso, con un Tribunal de Estrasburgo expansivo (y crecientemente discutible) parece excesivo convertir una sola de sus sentencias en criterio de interpretación de nuestros derechos fundamentales.

terior, propuse importar al ordenamiento español la tesis clásica de Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek[7] acerca de que una diferenciación normativa "sobreinclusiva" (como se produce en los supuestos de discriminación por indiferenciación) pueda llegar a valorarse como una violación del principio general de igualdad.[8] Por otro lado, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (racial, sexual, etcétera), particularmente la categoría de "discriminación indirecta" –como ha observado Cobreros–[9] reclaman la prohibición de tratar jurídicamente de modo idéntico a aquellos sujetos cuya diferente situación fáctica les puede ocasionar un impacto negativo.[10] Por tanto, coincido con el autor citado en que el Tribunal Constitucional

[7] Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek, "The Equal Protection of the Laws", *California Law Review*, vol. XXXVII, núm. 3, septiembre de 1949, pp. 341-381.

[8] Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 51. Por supuesto, no lo hice con el vigor, extensión y rigor con que Cobreros propone que se considere que las discriminaciones por indiferenciación son violaciones de la igualdad constitucional.

[9] Cobreros *op.cit. supra* n. 6, p. 102

[10] Un ejemplo es la STC 253/2004, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores ("Para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente sobre las horas trabajadas"). El Tribunal entiende que la regulación vulnera el principio de igualdad en la ley y también el derecho a no sufrir discriminación (indirecta) por razón de sexo. En efecto, sostiene, por un lado, que no es contrario al artículo 14 de la Constitución española que el trabajo de tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador de tiempo completo, ya que implica un esfuerzo contributivo menor, pero la aplicación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto a los contratos de tiempo parcial, a efectos del cómputo de periodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones, conduce a un resultado "desproporcionado", pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores de tiempo parcial a la protección social, al demandarles periodos de carencia más exigentes que a los trabajadores a tiempo completo. Pero, y esto es lo más novedoso de la sentencia, el Tribunal enjuicia también la cuestión desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, y concluye que el precepto legal impugnado incurría en ella, porque "el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta, de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodos de carencia". La sentencia se valió (como es habitual en los casos de discriminación indirecta) de estadísticas (del Instituto de la

no debiera negarse, por principio, a admitir que el artículo 14 de la Constitución española prohíbe también la discriminación por indiferenciación. Ahora bien, me parece que hay una razón de peso que justifica una interpretación restrictiva de la admisibilidad de la discriminación por indiferenciación, razón que ni el Tribunal Constitucional ni Cobreros consideran, y es que la valoración y elección de los criterios o rasgos de diferenciación de trato entre sujetos es política y debe corresponder, en principio, a quien está legitimado constitucionalmente para ello: al legislador.[11] Una aplicación generosa de la discriminación por indiferenciación, por más que pueda resultar ideológicamente simpática ya que permitiría normalmente hacer justicia en casos concretos, abre la puerta a un activismo judicial de perfiles inciertos y atenta, por ello, al diseño de poderes establecido por la Constitución. Discrepo, pues, con la rotunda negativa del Tribunal Constitucional a entender que el artículo 14 ampara la discriminación por indiferenciación, pero también con una opinión de manifiesto sentido contrario como la de Cobreros. Más bien, considero que debe admitirse en nuestro ordenamiento la discriminación por indiferenciación,

---

Mujer), que revelaban que, en 1996, 75.16% de los contratos de tiempo parcial los desempeñaran mujeres y, en 2004, esta cifra se elevaba a 81.94%. De modo que una regulación legal que trataba de modo desproporcionado a los trabajadores de tiempo parcial respecto de los de tiempo completo, pues les dificultaba al máximo el acceso a las prestaciones sociales (otro asunto es que la cuantía de éstas sean legítimamente desiguales a favor de los últimos), al impactar sobre todo en las trabajadoras, producía una discriminación indirecta por razón de sexo, que está prohibida en la Constitución.

[11] No es lo mismo, el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición. En efecto, ¿cuánta desigualdad se requeriría para poder exigir en favor propio un trato distinto? La sentencia Thlimmenos habla de una situación "sensiblemente" diferente. ¿Cómo se mide esa sensibilidad? Estará clara en los casos más extremos, pero no en la mayoría. Además, habría que distinguir el tipo de disposición porque, evidentemente, la exigencia de diferenciación deberá ser mayor en el caso del derecho sancionador, pero menor en otros casos. El propio Cobreros, consciente de las dificultades de aplicación de la discriminación por indiferenciación, propone que se sancione con inconstitucionalidad, pero sin nulidad (*op. cit. supra* n. 6, p. 110). Y es que el principal atractivo de la discriminación por igualación, la posibilidad que abre al juez de apreciar una discriminación legislativa "real y efectiva" de alguna persona o grupo, constituye, al mismo tiempo, su principal peligro.

pero sólo de modo restrictivo, como una suerte de *air bag* de seguridad frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales. Además, habría que distinguir entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto porque la discriminación por igualación jugaría más en el segundo supuesto que en el primero, al ser la prohibición de discriminación sexual, racial, etc. un auténtico derecho fundamental, la libertad de configuración legislativa se ve reducida drásticamente. No obstante, las dificultades para apreciar una discriminación por igualación incluso en el caso de las discriminaciones indirectas es también patente en la jurisprudencia del Triunal Constitucional.[12]

[12] Ahí está, por ejemplo, el auto de 17 de abril de 2007, que rompe abruptamente con la expansiva comprensión de la categoría de discriminación indirecta mantenida en la STC 253/2004, antes citada. El Tribunal va a inadmitir a trámite, por "notoriamente infundada", una cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 140.2 en relación con el artículo 109.1.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social por presunta vulneración del artículo 14 de la Constitución española. El juez proponente entendía que los periodos en los que la mujer trabaja a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años o familiar a cargo (artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores) deberían computarse como si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. El Tribunal Constitucional observa que lo que plantea el juez es, en realidad, una inconstitucionalidad por omisión o insuficiencia normativa en la medida en que el legislador no ha contemplado expresamente, al establecer la regla general de cálculo de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente una regla específica referida al caso de la reducción de jornada del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Al no hacerlo así, según el juez proponente, se habría producido una discriminación indirecta contra las trabajadoras por ser ellas las que, según demuestra contundentemente las estadísticas, se acogen a tal modalidad de conciliación. Por consiguiente, la pensión tendría que calcularse no sobre lo efectivamente cotizado, sino sobre las cotizaciones que se habrían efectuado de haberse mantenido la trabajadora en tal periodo en jornada completa. Este razonamiento no convence, empero, al Tribunal. Reconoce que es "innegable" que quienes se acogen al derecho de reducción de jornada son casi siempre mujeres, con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la seguridad social. Reconoce también que esta menor cotización puede afectar a la cuantía de una eventual pensión por invalidez permanente (u otras prestaciones de la seguridad social) que puedan en el

Debemos seguir distinguiendo. La tradición jurídica occidental, desde las revoluciones liberales, y su reivindicación de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la consiguiente abolición de los privilegios de nacimiento, viene entendiendo como especialmente odiosas, y, por tanto, de interpretación estricta y, hasta cierto punto, excepcional, las desigualdades de trato en el momento de la aplicación judicial y administrativa de la norma. La igualdad en la aplicación del derecho tiende, por ello, y sin perjuicio de la concurrencia de otros principios de signo potencialmente distinto, como el de la independencia del órgano judicial, hacia la garantía de la identidad (o de la menor desigualdad posible) jurídica de trato.

Por el contrario, la idea de que el principio constitucional de igualdad vincula también al legislador y no sólo a los órganos terminales del derecho es de acuñación

---

futuro causarse por la trabajadora que se haya acogido al derecho de reducción de jornada. Pero no encuentra que la carencia en la Ley de la Seguridad Social de una excepción a la regla general para este tipo de casos sea una discriminación por razón de sexo. Señala que la STC 253/2004 consagró la plena constitucionalidad del principio de contributividad (esto es, de que las prestaciones de la seguridad social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas), y sostiene que corresponde al legislador, en atención a las circunstancias económicas y sociales imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de seguridad social, decidir acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales. Así pues, el Tribunal mantiene una postura formalista y *sex-blind* sobre este particular y pierde la oportunidad de concretar las sugerentes afirmaciones que, a favor de la igualdad real entre trabajadoras y trabajadores, había vertido sobre este punto en la anterior STC 253/2004. Este auto viene, sin embargo, acompañado por un voto particular (firmado por la presidenta, María Emilia Casas y por Elisa Pérez, las dos únicas magistradas actuales del Tribunal) que considera que el trabajador que reduce su jornada hace valer un derecho legal (artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores), pero con fundamento constitucional (artículo 39.1 de la Constitución española, que obliga a los poderes públicos proteger a las familias); de ahí que el legislador haya de tener en cuenta todas sus posibles repercusiones (sorprende, no obstante, que este voto no recordara el antecedente de la STC 3/2007, donde el Tribunal había elevado el principio de conciliación a rango de principio constitucional orientador de la legislación). Ejercer ese derecho no puede suponer para el trabajador un perjuicio o un trato peyorativo. Dado que son mujeres quienes mayoritariamente se acogen a este derecho de reducción de jornada, las trabajadoras no se encuentran en la misma situación, sino peor, que otros trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial o reducen su jornada por razones diferentes. Habría una clara discriminación sexual indirecta. Yo también lo creo así.

reciente.[13] Ahora bien, el momento de la creación del derecho, sobre todo el que reviste forma de ley, goza de un amplio margen de libertad de configuración, del que, evidentemente, carece el juez; en consecuencia, la vinculación del legislador al principio de igualdad es, necesariamente, de menor intensidad. De hecho, es característico de la actividad legislativa establecer diferencias de trato, atribuir especiales beneficios o cargas a determinados grupos de ciudadanos ¿Cómo conciliar la contradicción aparente entre el principio constitucional de igualdad y la potestad legislativa de diferenciar o clasificar? Una respuesta clásica se encuentra en el trabajo de Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek, "The Equal Protection of the Laws".[14] Distinguen estos autores entre la doctrina de la *clasificación razonable* y la doctrina de la *clasificación sospechosa*. Con carácter general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de *razonabilidad*. Los criterios para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable y, por tanto, no discriminatoria, son tomados por el Tribunal Constitucional Español, por el cauce exegético previsto en el artículo 10.2 de la Constitución española, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[15] Sin embargo, el Tribunal Constitucional exige para apreciar la *razonabilidad* de la diferencia jurídica de trato tan sólo la existencia de alguna mínima justificación de la finalidad pretendida, lo cual me parece una solución más aceptable en relación con el principio democrático y el de separación de poderes que si pretendiera verificar un más estricto examen de proporcionalidad. Los principios democrático y de separación de poderes aconsejan

[13] Gerhard Leibholz la propuso (en alusión al "cambio de significado" de la igualdad), como técnica de control de la constitucionalidad de la ley, en su clásico estudio *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (La igualdad ante la ley), de 1925 (aunque fue una tesis minoritaria en el periodo de Weimar frente a la poderosa doctrina positivista), y él mismo se ocupó de aplicarla desde el Tribunal Constitucional Federal alemán después de la segunda Guerra Mundial.

[14] Tussman y Tenbroek, *op. cit. supra* n. 7.

[15] La desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.

un juicio por parte de la jurisdicción constitucional generalmente *deferente* hacia el fruto del proceso político, la ley. Dicha deferencia ha de ser, evidentemente, máxima en el ámbito socioeconómico y mínima en relación con los derechos fundamentales.

Esta comprensión del concepto de igualdad constitucional arroja una nueva luz para situar de modo adecuado la contraposición clásica (pero superada, en mi opinión, en el contexto del actual Estado social y democrático de derecho) entre la igualdad "formal" (del artículo 14.a de la Constitución española) y la igualdad "real, material, sustancial o de oportunidades" (del artículo 9.2 de la Constitución española). De ningún modo se hallan en contraposición: la igualdad sustancial (artículo 9.2 de la Constitución española en relación con diversos principios rectores del capítulo tercero del título primero) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales, indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad física o psíquica, los consumidores, los desempleados, las familias, etc., en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico –si bien puede subsistir la disputa no sobre el "qué", pero sí por el "cómo" y el "cuánto"–), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la "igualdad formal": la igualdad "real" es la misma igualdad "formal" cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Al contraponer radicalmente igualdad formal y real, se opera con un concepto de igualdad "formal" que la confunde con "identidad" (de trato) y de ahí las dificultades para encajar en ese contexto las desigualdades jurídicas de trato típicas de la igualdad real. Pero la igualdad (tampoco la "formal") no es identidad: es un criterio que se presume racional para medir la legitimidad de las desigualdades de trato jurídico. Cuando concurren criterios de desigualdad de trato como la infancia, las discapacidades, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional (o legal) *iuris tantum* de validez.

La doctrina de la clasificación (normativa) *sospechosa* se refiere sólo a aquellos supuestos en que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el

sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos, la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior. Admitido que el legislador pueda, en ocasiones, establecer diferencias jurídicas de trato en atención a tales criterios (en caso contrario, tendríamos que hablar de la doctrina extrema de la clasificación totalmente *prohibida*, predicable el ordenamiento español, a mi juicio, sólo respecto del "nacimiento"), el examen judicial de control de la diferencia normativa se deberá tornar más riguroso. En la jurisprudencia norteamericana, se aplican, en este sentido, los estándares del *strict scrutiny test* (para la raza) y el menos exigente del *intermediate scrutiny test* (en relación con el sexo).

En definitiva, hay que distinguir entre la doctrina de la clasificación (o diferencia jurídica de trato) *razonable* o principio general de igualdad (cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio) y la doctrina de la clasificación *sospechosa* o prohibición de discriminación en sentido estricto por alguna de las causas indicadas en el inciso final del artículo 14 de la Constitución española (o percibidas por el legislador o el Tribunal Constitucional como amparables en tal sede, dado el carácter abierto de la lista que contiene el precepto: el Tribunal Constitucional ha considerado dentro de la lista los rasgos de discapacidad y de orientación sexual). Pero principio de igualdad y prohibición de discriminación, aunque conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el periodo de su emergencia histórica, en eficacia,[16] etc.), guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación): la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los "sospechosos": raza, sexo, etcétera.

[16] Respecto de la vinculación frente a particulares, es claro que es mucho mayor en el caso de la prohibición de discriminación que en el juicio general de igualdad. En este punto hay que remitir a los clarificadores trabajos de Juan María Bilbao Ubillos, "Prohibición de discriminación y autonomía privada", en *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Irún, Casino de Irún, 2000, pp. 97-120; y *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 395 y ss.

En contra de lo que suele afirmarse, tampoco son equivalentes, según creo, el concepto de igualdad sustancial y la prohibición de discriminación en sentido estricto. No lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica son, en el sentido acuñado por Robert Alexy,[17] un *principio*, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etc.) son una *regla*, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible.

Como observa Denninger,[18] uno de los puntos característicos del constitucionalismo actual es una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad. Frente a la tradición iluminista de la modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el *gusto por la diversidad* actual, propio de la posmodernidad, propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (*nuestro grupo*), una pluralidad de esferas particulares de valores que cuestionan la validez de una razón universal y el reconocimiento de la igualdad abstracta como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Esto se traduce en "exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir". Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas, ni deben estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento, sino sustraídas de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos –los derechos son "triunfos frente a la mayoría" según la feliz expresión de Dworkin–, ni se deben referir a cualquier grupo social en desventaja, sino a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales, es decir, son víctimas de un *prejuicio,* o valoración social negativa hacia un grupo y sus miembros individuales. Tal prejuicio es a la vez causa y consecuencia de la vigencia de *estereoti-*

[17] Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, vers. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 402 y ss.

[18] Erhard Denninger, "La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, abril-junio, 1994, pp. 69-78.

pos o generalizaciones que atribuyen propiedades o caracteres a los miembros de un grupo sin considerar las diferencias reales entre ellos.[19] Los rasgos de pertenencia de estos grupos son comúnmente[20] inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que normalmente se produce una cierta *estigmatización social* por el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar.

Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto tienen dos efectos: uno negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación; y otro positivo: la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor, pero de un modo aún más incisivo, por las razones apun tadas, que las acciones positivas que derivan del artículo 9.2 de la Constitución española en relación con los grupos en desventaja del capítulo tercero del título primero. Con la prohibición constitucional de discriminaciones concretas es "como si le pusieran dientes" al Estado social.

El contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de raza, sexo, etc., puede comprenderse según un modelo de tres escalones: *a)* la prohibición de discriminaciones directas, *b)* la prohibición de discriminaciones indirectas, y *c)* la licitud y exigencia de medidas de acción positiva para lograr la igualdad de oportunidades. La prohibición de discriminaciones directas e indirectas compone el concepto de "igualdad de trato" y el mandato de acciones positivas, el de "igualdad de oportunidades".

[19] La noción de *estereotipo* proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: se refiere a un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etc.). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo (Erdman Ballagh Palmore, *Ageism: Negative and Positive*, Nueva York, Springer, 1990).

[20] No es el caso de la ideología o la religión, por ejemplo.

Igualdad de trato

La *prohibición de discriminaciones directas* va en contra de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, minoría étnica, minoría sexual, religiosa, etcétera. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre discriminaciones directas por razón de sexo es abundante y rica en matices, lo que contrasta con la única sentencia que dedica el Tribunal (y de fallo discutible, además) a la prohibición de discriminación racial, la sentencia 13/2001, de 29 de enero, que desestima un recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra.

En materia de discriminación por razón de orientación sexual sólo hay una sentencia del Tribunal Constitucional, la número 41/2006, de 13 de febrero. Un trabajador homosexual en la sede de Barcelona de Alitalia fue despedido por indisciplina en el desempeño del puesto de trabajo (negativa a realizar tareas encomendadas, críticas a los directivos, trabajo mal ejecutado, etc.). El trabajador recurrió, sin embargo, este despido alegando que la verdadera razón era su condición homosexual. Aportó como indicios de esta discriminación las críticas a su modo de vestir y a su homosexualidad por parte de su jefe inmediato, así como de la sobrecarga de trabajo al que se veía sometido. El Tribunal Constitucional le otorgó el amparo.

La *prohibición de discriminaciones indirectas* se da en el sentido de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres (o de gitanos o payos, etc.) afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro colectivo, de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también "discriminación de impacto". El Tribunal Constitucional fue el primero en incorporar el concepto de discriminación indirecta, aunque no sin ciertas oscilaciones.

El concepto de discriminación indirecta es creación del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en la sentencia Griggs versus Duke Power Company, de 8 de marzo de 1971 (ponente: Burger, presidente del Tribunal a la sazón). Se debatía en este caso si era conforme a la Constitución la práctica empresarial de una compañía de electricidad de Carolina del Norte de exigir para la contratación y la promoción haber

completado los estudios secundarios y realizar dos test de inteligencia general, lo cual en la práctica perjudicaba a la comunidad negra. El Tribunal observó que estas medidas no tenían que ver con un mejor desempeño del trabajo y, con carácter general, sostuvo que prácticas como ésas, "incluso aunque fueran neutrales en su intención" (y no racistas), no pueden mantenerse "si sirven para 'congelar' el *statu quo* de anteriores prácticas discriminatorias en el empleo". Hay que mirar "a las consecuencias" de la política empresarial y "no sólo a su intención". De modo que si una medida sirve en la práctica para excluir a los negros y no puede demostrarse su utilidad, debe prohibirse.

En el ámbito de la discriminación racial no hay ninguna sentencia del Tribunal Constitucional, pero sí una criticable sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia DH y Otros contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006,[21] que tuvo un notable impacto mediático en su momento, resolvió de modo discutible un asunto de discriminación racial en relación con el derecho a la educación de dieciocho niños gitanos. En efecto, el Tribunal no consideró contrario al artículo 14 del Convenio[22] el envío de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna. Esta es una práctica sistemática allí, puesto que 75% de los niños gitanos van a este tipo de centros, según datos aportados por el gobierno checo: Por fortuna, esta sentencia fue revocada por la Gran Sala del Tribunal en su decisión DH y otros contra la República de Chequia, de 13 de noviembre de 2007.

Igualdad de oportunidades o mandato de acciones positivas

La prohibición de discriminaciones directas e indirectas tiende a exigir la identidad de trato entre hombres y mujeres, entre gitanos y payos, entre homosexuales y heterosexuales, etc., y los sitúa en lugares similares, aunque de ello no cabe inferir, como

[21] Resuelta por la Sección Segunda del Tribunal. El caso está actualmente pendiente de decisión ante la Grand Chamber, que celebró la vista oral el 7 de enero de 2007.

[22] "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

ya se expuso, que toda diferenciación jurídica de trato deba ser de interpretación estricta. En otras palabras, el mandato de acciones positivas, la igualdad de oportunidades, no es una excepción de la igualdad de trato, sino su necesario complemento.

La experiencia histórica confirma una y otra vez que la identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres, entre payos y gitanos, etc., actúa como instrumento de conservación del *statu quo*, más que como punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Cuando un derecho neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre sexos, etnias, etc. y, paralelamente, se enfrenta a una situación de superior importancia del grupo de los varones, blancos y propietarios en el ámbito de las elites políticas y sociales, no puede desempeñar una función de igualación y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral en favor de los grupos dominantes y en detrimento de las minorías. En otras palabras, en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres, de los gitanos, etc., la adopción de un derecho "neutro" no es una decisión neutral. Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres, de los gitanos, de las personas con discapacidad, etc., no sólo tienen el aire de familia del Estado social y su general postulado de la *egalité des chances* (que afecta a diversos grupos sociales en desventaja: parados, emigrantes, inmigrantes, jóvenes, etc.), sino que, como ya se ha indicado, son medidas *especialmente exigidas* por el constituyente. A diferencia de las políticas de apoyo mencionadas en favor de los otros grupos sociales (que también encuentran cobertura constitucional, concretamente, en el capítulo tercero del título primero), las acciones positivas para la igualdad en estos casos ni deben depender de las medios financieros existentes, ni deben estar condicionadas por la polémica de los partidos políticos que compiten por la mayoría en el Parlamento, ya que su objetivo es claro y preciso, tanto si la mayoría es de un color político como si es de otro: la "igualdad perfecta" de la que hablara J.S. Mill para ambos sexos, que no haya privilegio ni poder para uno ni incapacidad alguna para el otro. La igualdad real y efectiva entre géneros y grupos étnicos está por encima del debate político. Debe lograrse en todo caso. Se trata de un derecho fundamental, de una decisión del constituyente sustraída de la mayoría política cambiante.

La política de fomento de la igualdad de oportunidades no tiene, además, el efecto exclusivo (aunque sea el más importante) de favorecer a los miembros del grupo minoritario, sino también a toda la sociedad. Es de interés común llevar a su desarrollo

máximo el ideal social de la igualdad. La prohibición de discriminación por razón de sexo, a diferencia de la prohibición de discriminación por razón de raza (que es una calle de "un solo sentido": la minoría racial pretende el estatuto privilegiado de la mayoría, pero ésta no desea nada del estatuto de la raza minoritaria), es una calle de "doble sentido", ya que las mujeres pretenden ser tratadas como los hombres en la actividad pública (económica, laboral, social, política, etc.) y los hombres pretenden ser tratados como las mujeres en la esfera de la vida doméstica y familiar. El derecho antidiscriminatorio no sólo libera a las mujeres de sus roles tradicionales (que les confinan al ámbito de lo privado), sino también a los varones (que les arrojan de ese ámbito).

Acciones positivas y discriminaciones positivas

Una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa,[23] que adopta típicamente la forma de cuota o de regla de preferencia. A través de las discriminaciones positivas se establece una preferencia o una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas, de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la universidad, entre otras. Se trata de asignar un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.[24] No hay que olvidar, no obstante, que en

[23] Utilizaré el adjetivo *positiva*, aunque entiendo que es intercambiable con el de *inversa*, porque capta el mejor sentido de la figura: con discriminación *inversa* parece hacerse referencia, sobre todo, a la idea de compensación y de un turno distinto de las posibles "víctimas" del trato distinto y peor: antes las mujeres, ahora los varones. Discriminación *positiva* evoca, ante todo, la finalidad de la medida: igualar las oportunidades de un colectivo de mujeres determinado (y deja en la penumbra el "coste" de la medida sobre los varones simétricamente situados). En cierto sentido, pues, la expresión *discriminación inversa* es bilateral, mientras que *positiva* es unilateral.

[24] Esta definición procede de Alfonso Ruíz Miguel, "Discriminaciones inversas e igualdad", en Amelia Valcárcel y Bernaldo de Quirós *et al*., *El concepto de igualdad*, Madrid, P. Iglesias, 1994, p. 81. Dos libros de referencia obligada por su rigor son: María Ángeles Bàrrere Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997; y María Elósegui Itxaso, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

el derecho español no existe ninguna regulación legal de cuotas raciales o en favor de las mujeres,[25] sino sólo para las personas con discapacidad física, sensorial o psíquica, en el acceso a la universidad pública, la función pública y el empleo privado. El Tribunal Constitucional ha declarado constitucionalmente legítima la reserva de puestos de función pública para personas con discapacidad (STC 264/1994, de 3 de octubre).[26]

[25] Aunque trate de asegurar la presencia femenina en las instituciones representativas, la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (artículo 44 *bis* nuevo) que introduce la disposición adicional segunda, apartado primero, de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, exigiendo una composición equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas (no superior a 60% de cada sexo), no es una cuota a favor de las mujeres, ya que la medida se dirige indistintamente a mujeres y a hombres. Se trata de una medida de acción positiva y no de discriminación positiva.

[26] Los hechos que dan origen a la sentencia son los siguientes: se convocaron plazas de administradores generales de la Comunidad de Canarias, reservando seis plazas a las personas afectadas por 33% de discapacidad física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en condiciones de igualdad respecto de los demás aspirantes. La recurrente en amparo obtuvo 6.34 puntos en el concurso-oposición y llegó a tomar posesión de su plaza. Pero un discapacitado sensorial (afectado de sordera), que había obtenido 6.07 puntos, recurrió ante el órgano administrativo correspondiente para exigir una de las seis plazas reservadas. La administración estima su pretensión y deja sin plaza a la recurrente. Los órganos judiciales ordinarios confirman esta decisión. La demanda ante el Tribunal Constitucional invocaba discriminación y violación del principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. La sentencia, sin embargo, desestima el amparo. El Tribunal sostiene que, las discapacidades se incluyen entre las causas no típicas del artículo 14 de la Constitución española, por lo que la cuota establecida es una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo y, por tanto, no sólo no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, sino que es legítima y constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución española en relación con la integración de las personas con discapacidad que ordena el artículo 49 constitucional. La cuota establecida sería "una medida equiparadora de situaciones sociales de desventaja", y posibilitaría "la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como persona". Tampoco estima que la sentencia sea una violación del principio de mérito y capacidad, ya que las discapacidades no se han valorado como mérito del sujeto ni se restringe el derecho de los que opositan por el turno libre, ni exceptúa a los sujetos favorecidos de demostrar su aptitud e idoneidad (superando el concurso-oposición).

Desde un prisma netamente jurídico, hay que realizar tres distinciones en este punto:

1. Como ya ha sido señalado, acciones positivas y discriminaciones positivas son conceptos distintos: *a)* las discriminaciones positivas sólo se establecen para supuestos muy concretos de discriminación, la racial, la sexual, las derivadas de discapacidades físicas o psíquicas, es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad, al menos respecto de algunos aspectos, de forma negativa o inferior (la idea de prejuicio social está en el corazón de la discriminación); *b)* las discriminaciones positivas se producen en contextos de "especial escasez": puestos de trabajo, listas electorales, etc., lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. Esto no ocurre con las medidas de acción positiva, *c)* las discriminaciones positivas no dejan de ser discriminaciones directas, esto es, un trato diferente y perjudicial únicamente por razón del sexo, en este caso, del sexo que no está en algún aspecto socialmente en desventaja; por ello han de ser admitidas, aun en el caso de que se acepten, restrictiva y excepcionalmente. En particular, deberían cumplir las exigencias del contenido esencial del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de la raza, el sexo, etc., es decir, deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad, como límite de los límites a cualquier derecho fundamental:

a. Mientras que las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas o reglas de preferencia son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones y que pueden o no actuar o hacerlo de un modo u otro.

b. Necesidad. Sólo podrá acudirse a la regulación por cuotas cuando no fuera posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva.

c. Objetividad. Habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente, a través de estadísticas comparativas, la desigualdad de hecho arraigada y profunda, esto es, la subrepresentación femenina en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.

d. *Transitoriedad.* La cuota o regla de preferencia tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida en el sector social donde la minoría estuviera subrepresentada. En todo caso, la discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido.

e. *Legalidad.* Por afectar a una materia tan sensible para el Estado de derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público sólo podrían establecerse por ley (y ley orgánica: artículo 81.1 de la Constitución española); sólo el procedimiento legislativo asegura la pluralidad y publicidad necesarias para la adopción de tales medidas.

En definitiva, la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre, en realidad y a pesar de su finalidad presuntamente favorable (la igualdad de oportunidades de las mujeres, los gitanos, etc.), discriminaciones directas, esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo, raza, etc. Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato "perjudicial", aunque sea diferente, hacia los varones, los payos, etc.; en efecto, a las "ventajas" para unos no les corresponden simétricos "perjuicios" para otros similarmente situados; tampoco constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, son una manifestación cualificada de la misma.

2. En relación con las discriminaciones positivas, hay que diferenciar entre discriminaciones electorales, laborales privadas y de ingreso y promoción en la función pública, que son los tres escenarios típicos de las cuotas y preferencias. Cada uno de estos ámbitos conduce a resultados interpretativos distintos: las cuotas en el ingreso y la promoción en la función pública serían conformes al derecho comunitario, bajo las condiciones establecidas en la doctrina Marschall del Tribunal de Justicia de la Unión, aunque en nuestro ordenamiento sea muy difícil imaginar un supuesto en el que una mujer y un hombre puedan llegar a tener exactamente la misma capacidad y mérito para poder aplicar la regla preferente en favor de la mujer, regla que siem-

pre debe dejar la puerta abierta a que circunstancias particulares que concurran en el candidato masculino que compite por el puesto hagan inclinar finalmente la balanza a su favor.

En el ámbito laboral privado nada obsta, sin embargo, en mi opinión, sino todo lo contrario, a que las empresas, voluntariamente a través de la negociación colectiva, implanten un sistema de *targets*, es decir, la obligación asumida por el responsable de selección de personal de conseguir un determinado objetivo de redistribución por sexos en la empresa dentro de un plazo determinado, obligación que no configura un derecho subjetivo para las trabajadoras, sino "sólo" el deber de motivar el eventual fracaso en conseguir el resultado predeterminado. Este sistema de *targets* sería más bien una medida de acción positiva y no de discriminación positiva, como sí lo sería, por ejemplo, la obligación legal de que todas las empresas contrataran un determinado porcentaje de trabajadoras, medida que lesionaría el derecho a la libertad de empresa. En todo caso, se impone la distinción entre la fuente pública o privada, y el carácter imperativo o voluntario, incentivado o no, de la medida de discriminación positiva; en principio, se presentan más obstáculos para admitir las discriminaciones públicas establecidas obligatoriamente.

3. Finalmente, hay que prestar cuidadosa atención al tipo de grupo social en desventaja llamado a disfrutar de las medidas de trato preferencial: mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad, etc. La distinta naturaleza de la discriminación de cada grupo social en desventaja justifica cierto tipo de medidas en favor de la igualdad de oportunidades de sus miembros pero no otras, configurando un derecho antidiscriminatorio particular. A estos efectos puede resultar útil el análisis que el derecho norteamericano (el pionero y más desarrollado en el campo del derecho antidiscriminatorio) [27] efectúa del concepto de "grupo desventajado" como sujeto de

[27] Pues allí la idea de *igualdad* ha estado ligada desde el origen a una noción *jurídica* de prohibición de discriminación, la racial, mientras que en Europa el surgimiento y evolución de la idea han sido ante todo *políticos*, en paralelo a la abolición de los privilegios de la aristocracia primero (finales del siglo XVIII) y a la irrupción en la historia del proletariado y su lucha por hacerse un hueco en ella después (finales del siglo XIX). Por supuesto, también en estas categorías se produce una confluencia entre Europa y Estados Unidos, sobre todo tras la segunda Gran Guerra.

alguna prohibición específica de discriminación. Dos teorías principales compiten en mostrar la naturaleza de la "desventaja" a considerar: la del proceso político, de John Hart Ely[28] y la teoría del estigma, de Kenneth Karst.[29] Elegir una u otra opción puede conducir a resultados interpretativos distintos. Tomemos el ejemplo de una eventual discriminación positiva electoral en favor de las mujeres. Dado que el proceso electoral está formalmente abierto a todas las mujeres de idéntico modo que a todos los varones y dado que las mujeres no son una minoría ni en sentido cuantitativo –al revés, estadísticamente son la mayoría de la población– ni cualitativo, pues dentro del genérico *mujeres* se incluyen mujeres sin recursos, pero también ricas, mujeres analfabetas, pero también mujeres con alto nivel de formación, etc., el establecimiento de una cuota electoral podría considerarse, desde la teoría de Ely, una medida paternalista que violaría, por ello, el derecho del artículo 14 de la Constitución española según el criterio que utiliza el Tribunal Constitucional (STC 128/1987 y ss.: Test de la Medida de Acción Positiva o Compensadora –Legítima– *versus* Paternalista o falsamente Protectora –Ilegítima–. Si las mujeres son la mayoría de la

[28] John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 82.

[29] Kennet L. Karst, "The Supreme Court 1976 Term—Foreword: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 91, núm.1, 1977, pp. 1-68. Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe tratar a un individuo como miembro de una casta inferior o dependiente o como un no participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que "los normales", "la mayoría" miran a quienes son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirma: "la persona víctima de un estigma no es del todo humano". No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañan su autoestima de modo que la mayoría llegan a aceptar como "naturales" las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo. Me parece fuera de toda duda que las minorías raciales (no así las mujeres, por ejemplo) encajan a la perfección en la categoría de "casta" víctima de un "estigma". Esto determina, en mi opinión, que las normas contra la discriminación racial puedan ser (y deban ser) más incisivas que en otro tipo de discriminaciones; con ello, se concederían, por ejemplo, preferencia a las acciones positivas dirigidas a este colectivo y un mayor espacio a las discriminaciones positivas.

población, disponen de más de la mitad de los votos: nada obsta (formalmente, al menos) a su participación en el proceso electoral para que puedan protegerse por sí mismas. La teoría del proceso político, formulada en la nota a pie de página cuarta de la sentencia Carolene Products vs US (1938, ponente: Stone),[30] y retomada por John H. Ely,[31] podría conspirar en contra de las cuotas electorales en favor de mujeres (no así de otros grupos, como los gitanos, por ejemplo). Según Ely, la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces de defenderse por sí mismos en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pues bien, a diferencia de lo que ocurre con las razas minoritarias, ejemplos de prejuicio en primer grado son obviamente raros,[32] aunque ciertos estereotipos (típicamente que el lugar de la mujer es el hogar y el del hombre la tribuna, el taller y el escaño) han estado vigentes durante mucho tiempo entre la población masculina y todavía no han sido desarraigados del todo. Admitido esto, no está claro, sin embargo, el grado de "insularidad" o aislamiento de las mujeres: el contacto entre mujeres y hombres a duras penas puede ser mayor. Nunca ha habido, a diferencia de lo que ocurre con los homosexuales, "mujeres en el armario". Además, las mujeres disponen de la mitad de los votos de la población, por lo que tampoco carecen de

[30] De acuerdo con ella, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de las normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones a las minorías *discrete and insular*, "aisladas y sin voz". Seis años después de apuntado este criterio, se aplica en la sentencia Korematsu vs U.S., en la que por primera vez se utiliza el criterio del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ciudadanos estadunidenses de origen japonés). Aunque el Tribunal Supremo apreció finalmente el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra, es claro que la medida impugnada, que consiste en confinar a los norteamericanos de origen japonés en una especie de campos de concentración, era discriminatoria por *underinclusive* (no se hacía con los norteamericanos de origen alemán, por ejemplo) y por *overinclusive* (es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un potencial espía o saboteador: es claro el sesgo racista del confinamiento).

[31] Ely, *op. cit. supra* n. 28.

[32] Ely argumenta (p. 257, n. 94) que "la frase: 'algunos de mis mejores amigos son negros' puede llegar a ser una parodia de la hipocresía blanca, pero el mejor amigo de la mayoría de los hombres es realmente una mujer, lo que elimina la hostilidad real que persiste entre las razas".

"voz". Y, por tanto, aunque muchas mujeres hayan podido interiorizar su posición social subordinada en el pasado, "dado que las mujeres están ahora en posición de defenderse por sí mismas, no tendríamos que ver en el futuro el tipo de discriminación oficial por género sexual que ha marcado nuestro pasado". En definitiva, "si las mujeres no se protegen a sí mismas de la discriminación sexual en el futuro, no será porque no puedan; será por otra razón que elijan"; en cuyo caso, "muchos condenaríamos una elección así, pero eso no la convierte en un argumento constitucional".

Sin embargo, si acogiéramos la doctrina del estigma de Kenneth L. Karst, con su subrayado de la asimilación subjetiva de la situación de inferioridad por parte del individuo del grupo social en desventaja, se podría llegar a la conclusión contraria, es decir, que una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres en el ámbito de la representación electoral podría ser necesaria para remover ese obstáculo de la plena participación.

Una medida de discriminación positiva (me temo que mundialmente novedosa) aportada recientemente por el ordenamiento jurídico español se refiere al campo del derecho penal, donde la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 22 de julio, castiga de modo diferente la misma conducta de malos tratos en el ámbito doméstico según si la víctima es la mujer o el varón. Esta medida dispensa, pues, un trato diferente y peor a los varones víctimas de malos tratos en el ámbito doméstico respecto de las mujeres víctimas. Como podía suponerse, su adecuación a la Constitución fue desafiada ante el Tribunal Constitucional, en su sentencia 59/2008, de 14 de mayo. Al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia respecto de la redacción que el artículo 37 de la ley orgánica de violencia da al artículo 153.1 del Código Penal, el Tribunal ha fallado que la norma penal que castiga más a los hombres cuando maltratan a sus mujeres o ex mujeres que a las mujeres cuando maltratan a sus parejas varones es plenamente conforme con la Constitución. Concretamente, en el ordenamiento español, la pena para el varón que, de cualquier modo, cause menoscabo psíquico o lesión (que no fueran constitutivos de delitos) o golpeare o maltratare (sin causar lesión) a la esposa o pareja con la que conviva será de seis meses a un año de prisión, mientras que si la víctima es el hombre y la ofensora la mujer, la pena será de tres meses a un año. La diferencia está, pues, en esos tres meses del límite mínimo de la prisión. La duda de adecuación a la Constitución de esta norma (artículo 153.1 Código Penal) se centraba en si ese diferente

trato penal lesionaba o no el principio de igualdad constitucional entre mujeres y hombres. ¿Cómo ha argumentado el Tribunal Constitucional? Primero constató que, en general, el legislador penal tiene una amplia libertad para determinar delitos y penas y que el Tribunal debe contenerse a la hora de valorar la política criminal establecida por las Cortes, ciñéndose sólo a los notorios excesos del marco constitucional. En segundo lugar sostuvo que la diferencia de trato establecida por la norma penal es razonable, por tres motivos: *a)* persigue una finalidad legítima, prevenir las agresiones que en el ámbito de las relaciones de pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer. Se trata de luchar contra la violencia de género: "no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad", *b)* es una norma adecuada a esa finalidad legítima, por dos motivos: primero, la frecuencia de los delitos de violencia en que la víctima es la mujer, lo que demuestra la mayor necesidad objetiva de protección de ésta; segundo, el mayor desvalor (o gravedad) de este tipo de conductas porque "manifiestan la discriminación y la relación de poder de los hombres sobre las mujeres". Hay aquí una violencia peculiar, que merece un mayor reproche, ya que atenta contra la dignidad, seguridad y libertad de las víctimas de un modo más intenso, y *c)* es una norma proporcionada o medida porque la diferencia de trato es escasa, sólo esos tres meses del límite mínimo de la prisión.

A la sentencia le acompañan cuatro votos discrepantes, que coinciden en dos ideas de cierta enjundia: *a)* la norma penal examinada se funda en la idea (que no comparten) del mayor desvalor de las agresiones de los hombres sobre las mujeres que las de las mujeres sobre los hombres. Esta idea revela una añeja y superada concepción de la mujer como sexo débil, y *b)* la sentencia es "interpretativa", es decir, acepta la constitucionalidad de la ley, pero sólo si se entiende que en las agresiones se produce una situación de discriminación o de relación de poder del hombre sobre la mujer, lo cual, sin embargo, ni se hace constar expresamente en el fallo, ni siempre se producirá en la práctica, lo cual provoca inseguridad jurídica en la aplicación por los jueces de la norma; esto es especialmente peligroso en relación con las normas penales.

La doctrina de esta sentencia ha sido reiterada en muchas otras posteriores: hasta ahora, once más (76/2008, 80/2008, 81/2008, 82/2008, 83/2008, 95/2008, 96/2008, 97/2008, 98/2008, 99/2008 y 100/2008), y ha resuelto otras 129 cuestiones de inconstitucionalidad. Se ha producido aquí, además de un despilfarro (imputable al

legislador) de tiempo y recursos públicos, un auténtico referéndum judicial sobre la deficitaria calidad de la ley en este punto. La profusión de las dudas judiciales es un hecho, además de novedoso y espectacular, sumamente elocuente, sobre todo si tenemos en cuenta que los órganos judiciales españoles no suelen presentar cuestiones de inconstitucionalidad con facilidad ni frivolidad, entre otras causas, por la tardanza del Tribunal Constitucional en resolver. Esto revela que la ley ha sido en este punto una mala ley y que no fue elaborada con la suficiente seriedad ni rigor.

La sentencia 59/2008 es contemporizadora en el contexto de un Tribunal gravemente asediado desde dentro y desde fuera por intentos de contaminación política partidista de diverso signo. Esta sentencia debe enmarcarse en una línea de decisiones de cuestiones especialmente controvertidas, de una innegable veste política, por tener como objeto reformas legislativas que han estado en el centro de la agenda del gobierno socialista, sobre las que el Tribunal se ha mostrado favorable, aunque empleando análisis un tanto formales y superficiales.

En mi opinión, la clave de la lectura que hace el Tribunal Constitucional de las relaciones entre la norma penal cuestionada y el artículo 14 constitucional se halla en el fundamento jurídico séptimo porque es ahí donde, de modo significativo, va a establecer el estándar o método de decisión. Al llegar en la lectura de la sentencia a ese fundamento séptimo, cualquier lector está en condiciones de saber qué va a fallar el Tribunal. Porque en esta línea de disolver más que de resolver problemas el Tribunal Constitucional va a considerar que la norma cuestionada no plantea conflicto alguno en relación con la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo: literal y sorprendentemente, dirá que "no constituye el sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo (me parece cierto: también otras personas vulnerables pueden ser víctimas, aún siendo varones) o determinante (esto es en lo que no puedo coincidir) de los tratamientos diferenciados".

El conflicto, según el Tribunal Constitucional, no está en la prohibición constitucional de discriminación sexual (artículo 14.b de la Constitución española), sino en el principio general de igualdad (artículo 14.a). Esta elección del campo de decisión (igualdad general y no prohibición de discriminación sexual), como se deduce de lo ya expuesto, tiene unas consecuencias fundamentales porque el juicio general de igualdad es una técnica de control judicial de la ley muy débil, muy deferente hacia el legislador, que tan sólo exige que la diferenciación jurídica de trato sea razona-

ble. Ése es, en efecto, el estándar mínimo de control que lleva a cabo el Tribunal: el juicio de razonabilidad más o menos adornado con algunos elementos del juicio de proporcionalidad, quizás porque el Tribunal, como ocurrió con la sentencia de la composición equilibrada de las listas electorales, no estaba completamente satisfecho de su propio modo de argumentar. Mientras que cualquier limitación de la prohibición constitucional de discriminación sexual, a tratarse de un auténtico derecho fundamental, exige no un simple juicio o estándar de razonabilidad de la diferencia de trato, sino un astringente o estricto juicio de proporcionalidad, con sus requisitos de idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto. Por este camino no ha querido pasar el Tribunal, probablemente porque habrá tenido temor a enfrentarse a la valoración de los requisitos de idoneidad y, sobre todo, de indispensabilidad de la medida. ¿Realmente no había, en el repertorio de respuestas penales, otra solución para luchar contra la violencia de género que castigar de forma distinta según el sexo de los sujetos activo y pasivo las formas más leves de maltrato? Obsérvese que en ninguno de los casos de muertes de mujeres a manos de sus parejas es aplicable la ley, que se refiere al maltrato leve.

Lo verdaderamente llamativo es que en un análisis de un tratamiento penal diferenciado por el sexo de los sujetos activo y pasivo de la conducta criminal, en el contexto de una ley de violencia de género, el Tribunal Constitucional sostenga que el género no constituye un factor determinante. ¿Qué otro factor lo será, entonces? Al obrar así, la coherencia de la argumentación de la sentencia se fractura inevitablemente porque una parte central se dirige en dirección contraria a convencer de la razonabilidad de que el legislador se enfrente a esta forma específica de violencia hacia las mujeres fundada en convicciones machistas y, por tanto, a intentar encontrar cierto espacio al derecho penal de género. La Sentencia ofrece una argumentación sin coherencia interna. Por otro lado, la idea de la mayor vulnerabilidad de las mujeres o de la mayor culpabilidad de los varones refuerza, más que elimina, estereotipos negativos que recaen sobre las mujeres, la idea de la *infirmitas sexus*, de sexo débil. De nuevo entra en escena la mirada paternalista sobre la mujer víctima de malos tratos. Evidentemente, existe un síndrome de la mujer maltratada, pero la ley equipara todos los casos de violencia, con lo cual priva de los recursos para proteger eficazmente a los supuestos más graves y habituales.

Me parece que la auténtica *ratio decidendi* del Tribunal Constitucional es, finalmente, que la diferencia de tratamiento es relativamente pequeña, sólo tres meses del

límite inferior de la pena. En mi opinión, sí existe lugar para un derecho penal de género, pero la medida impugnada ante el Tribunal no es un ejemplo afortunado de él. Cabe una perspectiva de género, sí, pero en el contexto de un derecho penal igualitario.

LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES EN EL DERECHO EUROPEO

En el sistema del Convenio de Roma

Ya me he referido a cómo considera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el principio de igualdad. La pobreza de su construcción doctrinal contrasta con el vigor del derecho antidiscriminatorio en el sistema de la Unión Europea. ¿Cuál es la lectura general del Tribunal de Estrasburgo en torno a la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 del Convenio?

1. Discriminar es "tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares". La sentencia que el Tribunal últimamente cita como *leading case* de esta doctrina es Willis contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2002.[33] En un célebre caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000, el Tribunal parece acoger también la denominada "discriminación por indiferenciación", es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no tratan de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no se trata jurídicamente igual a los iguales, pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados. Sin embargo, esta última doctrina, que exigiría tratar jurídicamente

[33] Un asunto en el que el Tribunal estimó lesionado el derecho de propiedad pri vada (artículo 1° del Protocolo Adicional Primero) en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14) por el hecho de que las pensiones de viudedad se concedieran a las mujeres pero no a los varones.

mejor a cualquiera que, en una situación comparable, esté de hecho peor (y, por tanto, que consagraría un principio, por así decir, *activo* del Estado social y de la igualdad de oportunidades) no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el asunto Thlimmenos, yo creo que únicamente para alcanzar una solución justa en ese caso.[34] Más allá de él, no le aventuro un gran futuro.

2. Los Estados miembro disfrutan de "un cierto margen de apreciación" a la hora de valorar si, y con qué alcance, las diferencias en otras situaciones similares justifican una diferencia de trato, pero la decisión final sobre su conformidad con las exigencias que establece el Convenio pertenece al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. El artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente, puesto que sólo puede ser alegado junto con otro de los derechos reconocidos en el Convenio; aunque no es necesario que el Tribunal estime una violación de éste para poder apreciar la existencia de discriminación, esto es, tiene una cierta autonomía que podríamos llamar de "segundo grado", una vez apreciada la vinculación de la prohibición de discriminación con cualquier otro derecho del Convenio. La aplicación del artículo 14 es, además, "subsidiaria" en relación con los demás derechos del Convenio porque si el Tribunal constata la vulneración de éstos, no es preciso que examine su lesión respecto de la prohibición de discriminación. El Tribunal afirma que el artículo 14, aunque no tenga existencia independiente, "juega un importante papel complementario" del resto de derechos.[35]

[34] El asunto era bastante claro. A Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar a Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del artículo 14 del Convenio en Relación con el Derecho de Libertad Religiosa del Artículo 9°.

[35] Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005

Así, pues, en apretada síntesis, podríamos contraer la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la prohibición de discriminación del artículo 14 a la siguiente fórmula: discriminación como diferencia jurídica de trato no razonable / aplicación amplia y muy generosa de la doctrina del margen estatal de apreciación / y función complementaria y subsidiaria del artículo 14.

No comparto en absoluto esta interpretación de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 del Convenio de Roma, que yo calificaría como "de baja intensidad", aunque hay que reconocer su coherencia interna. Al no distinguir el concepto general de *igualdad* (como razonabilidad jurídica del trato diferente) del de prohibición de discriminación por determinados rasgos sospechosos (raza, sexo, etc.), ante los cuales no debería bastar el criterio de la razonabilidad, sino que el juicio debería tornarse más exigente (proporcionalidad, escrutinio estricto, etc.), o dicho con otras palabras, al no distinguir entre la discriminación en sentido amplio y en sentido estricto, adoptando en principio un criterio judicial de examen muy deferente hacia la autoridad que establece la diferencia de trato, es lógico que el Tribunal tienda a "inhibir" su juicio a favor de dicha autoridad nacional y que no le asigne a la prohibición de discriminación más que un valor secundario o subsidiario, meramente relacional, respecto del resto de derechos del Convenio.

Antes he intentado ordenar sistemáticamente los conceptos aludidos, así que no me detendré aquí más en ellos. Sólo retendré la necesidad de distinguir entre la igualdad en general y la prohibición de discriminación por ciertos rasgos como la raza o la etnia, de afirmar el valor sustantivo o autónomo y no meramente relacional de la prohibición de discriminación en sentido estricto y, en coherencia con ello, de endurecer el examen judicial cuando una discriminación de este tipo sea invocada, adoptando un estándar más exigente que el de mera razonabilidad y parcialmente diferente según el rasgo sospechoso en presencia (sexo, raza, orientación sexual, etc.) y el concreto escenario social de conflicto planteado.

El propio Consejo de Europa ha intentando levantar el freno que supone el vigente artículo 14 del Convenio y su interpretación por parte del Tribunal Europeo a través de la aprobación del Protocolo número 12,[36] que reconoce una prohibición de dis-

[36] Abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000 (en la significativa fecha del quincuagésimo aniversario

criminación amplia y no como la vigente, circunscrita a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio o sus protocolos. El artículo 1° de este Protocolo reza: "El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación".[37] En el informe aclaratorio oficial de este Protocolo, se pone de manifiesto la escasa operatividad actual del artículo 14 del Convenio,[38] su incapacidad para distinguir los diversos tipos de discriminación y la escasamente significativa interpretación por parte del Tribunal Europeo de dicha disposición, sobre todo en materia de las discriminaciones raciales y sexuales. En efecto, es llamativa la esquizofrenia que resulta, por un lado, de la intensa actividad desplegada por el Consejo de Europa a favor de la igualdad entre mujeres y hombres y en contra del racismo y la xenofobia y, de otro lado, de la magra jurisprudencia del Tribunal Europeo precisamente en estas sensibles y críticas materias. A partir del Protocolo número 12, se ponen las bases, por fin, para un desarrollo serio y sin cortapisas de la prohibición de discriminación racial, sexual, etc., también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero en tanto lo nuevo no termina de nacer y lo viejo no acaba de morir, nos encontramos todavía con la estrecha jurisprudencia actual del Tribunal sobre el artículo 14 del Convenio.

del Convenio) y que ha entrado en vigor el 4 de octubre de 2005 (en España, el 1 de abril de 2005).

[37] Como se ve, se mantiene la inercia en el sistema de protección del Consejo de Europa de ir en esta materia un par de pasos por detrás de lo que podríamos denominar "estándar actual de protección de los derechos", ya que se opta por incluir la lista vigente en el artículo 14 del Convenio, sin añadir otros rasgos sospechosos como la orientación sexual (a pesar de que el Tribunal en este punto sí ha realizado una interpretación muy protectora de los derechos de homosexuales y transexuales), la edad o la discapacidad. Aunque la lista es abierta, obviamente, la presencia explícita en ella despliega efectos interpretativos directos de relevante significado.

[38] Así como la singularidad de que no reconozca un principio general de igualdad (discriminación en sentido amplio), a diferencia del resto de textos internacionales comparables. Es cierto que el Tribunal lo halló implícito muy pronto, como "igualdad de trato", desde la sentencia del caso lingüístico belga de 23 de julio de 1968 (y que, más aún, puede decirse que viene otorgando al artículo 14 –en principio, una cláusula de discriminación en sentido estricto– no ese significado, sino el de mera cláusula general de igualdad o de discriminación en sentido amplio; se produce aquí una paradoja interesante).

Otro punto verdaderamente sorprendente y criticable de esta jurisprudencia radica en que, así como el Tribunal ha venido protegiendo hasta cierto punto la discriminación por orientación sexual, o, sobre todo últimamente, por sexo, o por nacimiento, e incluso por nacionalidad, la tutela frente a las discriminaciones raciales ha sido, sin embargo, escasa, con vacilaciones importantes y con Sentencias tan discutibles la primera del caso Ostrava. Esto es sorprendente porque, como afirma Ronald Dworkin, la discriminación racial es la más odiosa de todas porque "expresa desprecio y es profundamente injusta […] es completamente destructora de las vidas de sus víctimas […] no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir".[39] La discriminación racial, por un lado, estigmatiza a sus víctimas y, por otro, las convierte en "minorías aisladas y sin voz". De hecho, el origen del derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos se halla precisamente en la lucha contra la discriminación racial. Además, se ha creado una voluminosa y creciente normativa internacional protectora de las minorías étnicas y raciales.[40] Sin embargo, como se ha indicado, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiene más sombras que luces en este punto.

En el derecho de la Unión Europea

El derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea engloba un cuerpo de normas y de prácticas muy avanzado en materia de igualdad y prohibición de discriminación. En el considerando octavo de la Decisión que Establece 2007 como el Año Europeo

[39] Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 407.

[40] En forma de declaraciones generales sobre derechos humanos (artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además del artículo 14 del Convenio de Roma), o de textos específicos (universales, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, o el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, o regionales, como el Convenio Marco núm. 157 del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, ratificado por España el 1 de febrero de 1995).

de la Igualdad de Oportunidades para Todos se lee, por ejemplo: "la legislación europea ha elevado significativamente el nivel de igualdad garantizada y de protección ante las desigualdades y la discriminación en toda la Unión Europea, y ha actuado como catalizador para el desarrollo de un enfoque de la igualdad y la no discriminación más coherente y basado en los derechos". Examinemos, pues, los rasgos esenciales de este *catalizador*[41] para la igualdad que es el derecho de la Unión Europea.

La igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam,[42] el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política de igualdad de la Unión Europea. Hasta entonces, los textos constitutivos tan sólo mencionaban el principio de igualdad de retribución en una disposición aislada, el antiguo artículo 119 del Tratado Fundacional de 1957.[43] Tan limitada base legal no impidió que la Comisión Europea impulsara desde principios de los años setenta directivas, programas e iniciativas de financiación, a la vez que abanderaba campañas de sensibilización. La "percha" del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea resultó así ser el útil fundamento jurídico sobre el que se fue abriendo camino, vía el derecho derivado, la política europea de igualdad de género. El Tratado de Ámsterdam introdujo una serie de disposiciones jurídicas novedosas, que han pasado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado el 29 de octubre de 2004 en Roma y pendiente de ratificación por los Estados miembro: *a)* la igualdad entre hombres y mujeres se ha convertido en misión prioritaria para la Unión Europea. Así, en el artículo 2° del Tratado, entre los *valores* de la Unión menciona específicamente *la no discriminación* y, más específicamente aún, *la igualdad entre mujeres y hombres.* En el artículo I-3 se sitúa también como un *objetivo* de la Unión *la igualdad entre mujeres y hombres*. El artículo II-81 prohíbe "toda discriminación por razón de sexo". Todas las *políticas* de la Unión "tratarán de eliminar las desigualdades entre la mujer y el hombre y de promover su igualdad" (artículo III-116) y la Unión "luchará contra discriminación por razón de sexo" (artículos II-83

[41] Esta expresión ya aparecía en el preámbulo del libro verde presentado por la Comisión el 28 de mayo de 2004, sobre Igualdad y No Discriminación en la Unión Europea Ampliada.

[42] Tratado de Ámsterdam, 2 de octubre de 1997.

[43] Tratado de la Comunidad Europea, firmado en Roma en marzo de 1957.

y III-118); *b)* el principio de igualdad de retribución por un trabajo igual se ha ampliado al de igualdad de retribución por un trabajo de igual valor. A la directiva 75/117/CEE de 10 de febrero de 1975,[44] se superpone ahora el artículo III-214 del Tratado que establece el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras no sólo por un mismo trabajo sino también por un trabajo de igual valor; *c)* la Unión Europea dispone ahora de competencias para adoptar medidas a favor de la promoción de los derechos de las mujeres y para la implantación de la igualdad en el ámbito del empleo y la ocupación. En virtud del artículo III-210.1.i, la Unión participará activamente en la promoción de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo. En la práctica esto significa que, a partir de ahora y con el objetivo de conseguir la igualdad, se podrán promulgar directivas –que obligan a los Estados miembros– en todas las esferas de la vida laboral. El edificio se corona con la capacidad para adoptar medidas de acción positiva. De acuerdo con el artículo II-83, los Estados miembro tienen capacidad para poner en marcha medidas que ofrezcan "ventajas concretas al sexo menos representado"; *d)* el principio de integración de la dimensión de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres *(mainstreaming)* ha quedado recogido en el Tratado. El principio de igualdad entre hombres y mujeres deberá presidir la totalidad de la acción multidisciplinar de la Unión Europea. En todas sus políticas, la Unión deberá tratar de eliminar las desigualdades y promover la equiparación de derechos y oportunidades entre los hombres y las mujeres. Así, el *mainstreaming* ha quedado integrado en el Tratado de la Comunidad Europea. El objetivo es garantizar que la igualdad se incorpore a todas las políticas y se convierta en un rasgo común de la acción comunitaria; *e)* el artículo II-93, "con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional," otorga el derecho a toda persona de "ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad", así como el derecho a "un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño". También reconoce y respeta la Unión el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en caso de maternidad (artículo II-94).

[44] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie L 45, 19 de febrero de 1975.

Por último, a pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de Niza (la parte II del Tratado de Roma) no recoja explícitamente el tema de la violencia de género ni la violencia o persecución fundada en el sexo, como habían solicitado muchas asociaciones de mujeres, sí alberga, al igual que las constituciones de los Estados miembro, el derecho de todas las personas a la integridad física y mental (artículo II-63) y prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (artículo II-64). El artículo II-65 prohíbe "la trata de seres humanos", precepto que ha justificado políticas comunitarias de prevención y represión del tráfico de mujeres y menores no comunitarios para ejercer la prostitución en Europa.

Pero la disposición más importante e influyente sobre el ordenamiento español del derecho comunitario en esta materia ha sido la directiva 76/207/CEE[45] sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo. Esta directiva ha sido modificada[46] el 23 de septiembre de 2002 para adaptarla a la evolución de la jurisprudencia y al Tratado de Ámsterdam, así como para incluir nuevas disposiciones relativas a cuestiones importantes, como el acoso sexual y su consideración como una discriminación directa, y finalmente, ha sido "codificada" junto con el resto de directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres por la directiva 2006/54. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres es la norma que transpone en nuestro ordenamiento los principios y reglas provenientes del derecho europeo. La directiva 2006/54 es una norma central en la materia.

Respecto de la discriminación racial, el 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea,[47] sin que pueda olvidarse tampoco el posterior artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales

[45] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie L 39, 14 de febrero de 1976.

[46] COM (2000) 334 Final.

[47] "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar decisiones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

de la Unión Europea,[48] la directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se trata de una importante directiva que, en el contexto del "paquete de medidas contra la discriminación" aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999,[49] marca un antes y un después en la política comunitaria contra el racismo. Hasta la fecha, en efecto, no se había dictado disposición jurídica alguna sobre esta materia, aunque la lucha contra la discriminación racial hubiera entrado crecientemente desde finales de los años noventa[50] en la agenda de las políticas europeas, como lo demuestra la abundante actividad exhibida. Así, el Parlamento Europeo había adoptado varias resoluciones relativas a la lucha contra el racismo.[51] La Comisión presentó una comunicación sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en diciembre de 1995, a partir de la cual el Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembro aprobaron el 23 de julio de 1996 una resolución mediante la que se proclamó 1997 el Año Europeo contra el Racismo[52] y ese mismo año el Consejo creó un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia con sede en Viena y con la función de proporcionar a la Unión y a los Estados miembro información objetiva, fiable y comparable sobre estos fenómenos. El 25 de marzo de 1998, la Comisión

[48] Carta de Niza, 7 de diciembre de 2000: "Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de […] raza, color, orígenes étnicos o sociales".

[49] Junto con la propuesta de directiva 43/2000, integraban el "paquete" la propuesta de directiva (más tarde aprobada como 2000/78/CE) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la propuesta de decisión (que sería luego la número 2000/750/CE del Consejo) por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).

[50] Aunque desde el 5 de abril de 1977, con la declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los derechos fundamentales, las instituciones europeas venían declarando su compromiso a favor de la defensa de los derechos humanos y condenando la intolerancia, el racismo, la xenofobia y el antisemitismo.

[51] Por ejemplo, en su Resolución sobre el Ascenso del Racismo y la Xenofobia en Europa, de 21 de abril de 1993, el Parlamento afirmó que el racismo y la xenofobia hacen vacilar "los fundamentos de la democracia, la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros" (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie C 150, 31 de mayo de 1993, p. 127).

[52] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 237, 15 de agosto de 1996, p. 1.

adoptó una comunicación que establecía un plan de acción contra el racismo.[53] El Consejo adoptó el 15 de julio de 1996 la Acción Común 96/443/JAI relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia.[54] El Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) invitó a la Comisión "a presentar cuanto antes propuestas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea en materia de la lucha contra el racismo y la xenofobia". El Consejo Europeo aprobó en Helsinki (10 y 11 de diciembre de 1999) las Directrices para el Empleo, de 2000, donde subraya la necesidad de promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación contra grupos como las minorías étnicas.

Esta línea evolutiva de la lucha europea contra el racismo ha desembocado por el momento en la directiva 2000/43, cuyo objetivo, es "establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembro el principio de igualdad de trato" (artículo 1°). El legislador comunitario ha tomado en cuenta expresamente el principio de

[53] El programa financia proyectos destinados a prevenir y combatir la discriminación debida al origen étnico o racial, a la religión o a las convicciones. Tiene un presupuesto de unos cien millones de euros y se centra en tres ámbitos: *a) análisis y evaluación de la discriminación*, con el objetivo de confeccionar una imagen precisa de las causas de discriminación e identificar las mejores métodos de combatirlas; *b) desarrollo de la capacidad para luchar contra la discriminación*, alentando el intercambio de información y de buenas prácticas entre organizaciones de los diferentes países y apoyando a las redes europeas de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la discriminación, y *c)* sensibilización sobre la lucha contra la discriminación (*cf.* Comunicación de la Comisión: Contribución a la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, Bruselas, 1 de junio de 2001, p. 9).

[54] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie L 185, de 24 de julio de 1996, p. 5. Su principal objetivo era establecer una cooperación judicial efectiva entre los Estados miembros para facilitar la lucha contra el racismo y la xenofobia. La acción común subraya la necesidad de impedir que los autores de las infracciones en esta materia se aprovechen de su distinto tratamiento por parte de los diferentes Estados miembro, desplazándose de uno a otro para eludir las diligencias. Para lograr este objetivo, la acción común establece una lista de actividades racistas que los Estados miembros acuerdan considerar actos criminales.

subsidiariedad del artículo 5° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.[55] Sólo se pretende establecer un marco mínimo dirigido a prohibir la discriminación basada en el origen racial o étnico y un nivel mínimo de tutela jurídica dentro de la Unión Europea para las personas que hayan sido o puedan ser víctimas de discriminación racial. La directiva 43/2000 mantiene una estructura gemela respecto de la otra directiva que integraba el "paquete contra la discriminación" aprobada por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, la directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo plazo de transposición finaliza el 2 de diciembre de 2003. Las diferencias más significativas entre ambas directivas se reducen a tres hechos: la última se refiere a las discriminaciones por razón de "religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual" (artículo 1°); su ámbito de aplicación se refiere sólo al empleo, mientras que en el caso de la directiva 43/2000 el ámbito, como se verá, es sensiblemente mayor; y, por último y lógicamente, porque la diferente situación de cada grupo social en desventaja requiere una respuesta jurídica parcialmente distinta, el derecho antidiscriminatorio relativo a la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, está sujeto a un mayor número de limitaciones que el que se refiere al origen racial.[56]

[55] En el párrafo 28 del preámbulo de la directiva, se lee que el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección contra la discriminación igual en todos los Estados miembros "no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros", por lo que "puede lograrse mejor, debido a la dimensión y repercusión de la acción propuesta, en el ámbito comunitario", eso sí, dentro del respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (de modo que la directiva "se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar dichos objetivos", no excediendo "de lo necesario para ese propósito").

[56] En el artículo 2.5 se dispone que "la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que en una sociedad democrática son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos". En diversos preceptos se explicitan diversas peculiaridades respecto de cada rasgo sospechoso. Así, por ejemplo, se permite a los Estados, en el artículo 3.4 exceptuar a las Fuerzas Armadas de lo previsto respecto de la discriminación por edad y por discapacidad.

Las directivas sobre "igualdad racial" e "igualdad en el empleo" mencionan explícitamente la importancia del papel de los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales en la aplicación y el cumplimiento de la legislación en materia de lucha contra la discriminación. Como ha reconocido el libro verde de la Comisión sobre Igualdad y No Discriminación en la Unión Europea Ampliada, de 28 de mayo de 2004, "las organizaciones no gubernamentales continúan siendo los principales defensores del desarrollo de las políticas de no discriminación en la Unión Europea". Según la Comisión, "les corresponde un papel importante, que consiste en apoyar la transposición de la legislación comunitaria en materia de no discriminación, aumentar el conocimiento de los nuevos derechos y obligaciones y prestar asistencia a las víctimas". Volveremos sobre este capital asunto más adelante.

LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES RACIALES Y POR GÉNERO: UNA VALORACIÓN CRÍTICA

Tanto en el derecho de la Unión Europea como en el español, la rama del derecho antidiscriminatorio que mayor desarrollo ha alcanzado ha sido el de la igualdad entre mujeres y hombres. La Estrategia Marco contra la Discriminación y por la Igualdad de Oportunidades para Todos, de 1 de junio de 2005, hace alusión a este hecho cuando sostiene, en su introducción, que la Unión Europea "posee una larga experiencia en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo y en la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres" y que "debe examinar de qué manera puede trasladar a otros tipos de discriminación la experiencia adquirida en la lucha contra la discriminación por razón de sexo". En el mismo sentido, también afirma que "en algunos ámbitos puede ser pertinente la aplicación de un enfoque integrado para combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres que tenga en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos". La idea de un "enfoque integrado" respecto de las "discriminaciones múltiples" es una aproximación al problema novedosa que puede resultar altamente interesante (en España, por ejemplo, no es común todavía).

En el ámbito europeo, las instituciones comunitarias están preocupadas por el hecho de que, como se lee en la introducción de la estrategia marco citada, aunque el derecho de la Unión "es una de las legislaciones contra la discriminación más completas y de

más amplio alcance del mundo", es necesario "dar un paso más" adoptando "nuevas medidas que garanticen la plena aplicación de este marco jurídico y su cumplimiento efectivo". Así pues, la tozuda constatación de partida es que "algunas personas siguen sin poder realizar plenamente su potencial debido a características como su sexo, origen étnico, edad, orientación sexual o discapacidad". La discriminación, concluye la Comunicación de la Comisión, "destruye la vida de los individuos, perjudica también a la economía y a la sociedad en su conjunto, y, además, mina el apoyo y la confianza en los valores fundamentales europeos de la igualdad y el Estado de derecho".[57] Esta afirmación es especialmente interesante porque subraya no sólo el carácter injusto de las discriminaciones en su vertiente subjetiva (el ataque a las víctimas), sino también en su dimensión objetiva: la discriminación perjudica no sólo a las víctimas, sino a todos y, por tanto, mina los cimientos de la democracia y el corazón mismo de la idea de Europa como un espacio de igualdad. De ahí la importancia no sólo estratégica o coyuntural de la lucha contra la discriminación, sino su carácter esencial: tener éxito o no en tal lucha compromete la existencia de los valores fundacionales de la Unión Europea.

En el orden interno, sin embargo, la lucha contra la discriminación por razón de género sí parece responder a este enfoque especialmente exigente, con un modelo de feminismo institucional que ha dado sus frutos, pero por lo que se refiere al resto de rasgos sospechosos (raza, orientación sexual, discapacidad, etc.) su abordaje parece seguir siendo un epígrafe más, entre otros muchos, referidos a cualquier grupo social en desventaja, del capítulo de servicios sociales. De modo particular, en España no parece existir una estrategia seria de lucha contra la discriminación racial, en contra de la tendencia exigida por la Unión Europea. De hecho, la transposición de la Directiva de igualdad racial ha sido perezosa, de mínimos y sin novedades apreciables, como tendremos ocasión de ver. En este campo, la Unión Europea va por delante.

[57] Reflexiones semejantes aparecían en el Preámbulo del libro verde de la Comisión sobre Igualdad y No Discriminación en la Unión Europea Ampliada, de 28 de mayo de 2004.

Políticas de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres

En la Estrategia Marco contra la Discriminación y por la Igualdad para Todos, la Comisión se propone, en el área de la discriminación por razón de sexo, la creación del Instituto Europeo de la Igualdad de Género y la elaboración de una "hoja de ruta" por parte de la Comisión, para futuras actividades. Esta hoja de ruta, de 2006 a 2010, establece seis áreas prioritarias: independencia económica, conciliación, representación en la toma de decisiones, erradicación de la violencia de género, eliminación de estereotipos sexistas y promoción de la igualdad de género en la política exterior y de desarrollo.

Independencia económica: el principal objetivo será mejorar la tasa de empleo de las mujeres, ya que hay una diferencia salarial de 15% entre mujeres y hombres a causa de desigualdades estructurales; por ejemplo, segregación en sectores laborales. Sólo 30 % del empresariado en la Unión Europea son mujeres, que padecen mayores dificultades de acceso a financiación y formación. Las mujeres tienen mayor riesgo de pobreza: pueden tener una actividad laboral interrumpida y, en consecuencia, acumular menos derechos; los regímenes de protección social deberían permitir a las mujeres acumular derechos individuales de pensión apropiados. Hombres y mujeres se enfrentan a riesgos sanitarios diferentes: la investigación médica y muchas normas de seguridad y sanidad se centran más en los hombres y en los sectores predominantemente masculinos. Por último, la Comisión se propone combatir la discriminación múltiple, sobre todo en los supuestos de mujeres inmigrantes y de minorías étnicas.

Conciliación entre la vida privada y la actividad profesional: a) el hecho de que muchas más mujeres utilicen acuerdos laborales flexibles tiene consecuencias negativas para la posición de éstas en su puesto de trabajo y en su independencia económica; *b)* mejores guarderías permitirían hallar un nuevo equilibrio entre el trabajo y la vida privada; *c)* pocos hombres disfrutan de un permiso parental o de un trabajo a tiempo parcial: deberían adoptarse medidas para animarlos a que asuman sus responsabilidades familiares.

Misma representación en la toma de decisiones: a) la subrepresentación de las mujeres en la sociedad civil, en la vida política y en el alto funcionariado de la administración pública constituye un déficit democrático; *b)* una participación equilibrada puede contribuir a crear una cultura de trabajo más productiva e innovadora.

La transparencia en los procedimientos de promoción es un elemento clave; *c)* la Comisión se propone alcanzar el objetivo fijado por los Estados miembro de que haya 25% de mujeres en puestos directivos en el área de investigación realizada por el sector público, lo que "puede contribuir a aumentar la innovación, la calidad y la competitividad de la investigación".

Erradicación de todas las formas de violencia de género: a) de modo particular, la mutilación genital femenina, o los matrimonios precoces o forzados; *b)* para luchar contra la trata de mujeres, la Comisión propone que se penalice el tráfico mediante una legislación adecuada y, al mismo tiempo, que se reduzca la demanda de seres humanos con fines de explotación sexual. Una nueva directiva relativa a los permisos de residencia a las víctimas de la trata constituiría un instrumento para su reintegración en el mercado laboral.

Eliminación de los estereotipos sexistas: *a) en la educación y la cultura.* Debería animarse a las jóvenes a orientarse hacia estudios no tradicionales, lo cual evitaría que las mujeres se hallen en las profesiones menos valoradas y remuneradas; *b) en el mercado laboral.* Las mujeres todavía deben enfrentarse a la segregación horizontal y vertical. Siguen empleadas en sectores menos valorados, y por lo general ocupan los escalones más bajos de la jerarquía; *c)* en los medios de comunicación.

Promoción de la igualdad en la política exterior y de desarrollo: habría que distinguir entre países adherentes (deben transponer el acervo comunitario), los candidatos a ingresar, los potenciales (la Unión Europea trata de promover principios reconocidos internacionalmente), y los demás países, que en su caso participen en la política europea de vecindad.

Por cierto que, entre las medidas complementarias para garantizar la aplicación efectiva de la legislación europea contra la discriminación, la estrategia marco propone la realización de "acciones específicas de formación y refuerzo de las capacidades destinadas a los organismos especializados en materia de igualdad, como […] las organizaciones no gubernamentales".

Un elemento esencial de la estrategia europea contra la discriminación es el principio de transversalidad, esto es, la práctica de integrar el principio de igualdad en todas las políticas. Esta perspectiva debiera tomarse en cuenta en el tercer sector, y no sólo en aquél cuya actividad se refiera de modo principal a la igualdad de oportu-

nidades. Se impone, pues, una evaluación "interna" de cómo se verifica el principio de igualdad de trato y de oportunidades en la organización y funcionamiento de la propia entidad, y de cómo podría, en su caso, llevarse a cabo o mejorarse.

En España, como se ha indicado, hay una eficaz estrategia de lucha contra la discriminación por razón de sexo, reforzada recientemente con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Una peculiaridad de las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres en nuestro país es que se han catalogado en planes específicos, de ámbito comunitario (está vigente el IV Programa de Acción Comunitaria de la Unión Europea), estatal (el IV plan fue aprobado para el periodo 2003-2006), autonómico e incluso local. Los objetivos[58] y las áreas de actuación[59] de los planes, sobre todo del estatal y los regionales, son muy semejantes. Otra peculiaridad del modelo de feminismo institucional español es la existencia de órganos administrativos estatales (Instituto de la Mujer) y regionales encargados del seguimiento de los planes y de la construcción de agenda política sobre el tema de la igualdad entre géneros. Hay que señalar que las políticas de igualdad de oportunidades, para ser eficaces, no deben depender sólo de tales órganos especializados en el ámbito interno de las administraciones, sino que debe tenerse en cuenta universalmente el principio de la transversalidad (todas las políticas públicas deben valorar su posible impacto diferenciado sobre mujeres y hombres y tratar de lograr la igualdad real) y el de la colaboración y coordinación entre administraciones, tampoco deben reducirse sólo al ámbito de los poderes públicos, sino que las asociaciones privadas y las organizaciones sociales deben asumir, y de hecho así lo hacen, un especial protagonismo en su implantación.

[58] Son particularmente relevantes los siguientes: *a)* la incorporación plena y definitiva de las mujeres al espacio de lo público y la toma de decisiones: trabajo extradoméstico, política, etc., y *b)* la idea de *mainstreaming* o transversalidad: a la hora de planificar, ejecutar y evaluar cualquier política pública deberán considerarse los distintos efectos que despliegan sobre hombres y mujeres. Se trata de adaptar la organización de la sociedad a una distribución más justa de roles.

[59] Diez suelen ser tales áreas: educación, salud, economía y empleo, poder y toma de decisiones, imagen y medios de comunicación, medio ambiente, violencia, exclusión social, mujeres rurales y cooperación.

Evidentemente, y a pesar de los indudables avances, falta mucho por hacer en la lucha contra la discriminación que sufren todavía las mujeres. María Bustelo y Emanuela Lombardo se han preguntado, muy gráficamente, en este sentido, "¿qué hay debajo de la alfombra de las políticas de igualdad?"[60] Además de lo mucho que puede resultar aplicable de la reflexión europea, podemos indicar algunos problemas que se presentan entre nosotros.

En el ámbito del empleo, por ejemplo. Como tuve ocasión de analizar en otro lugar,[61] a pesar de los llamativos progresos en materia de empleo femenino, resulta estadísticamente evidente que la igualdad laboral entre trabajadoras y trabajadores no es una realidad aún conseguida. Los convenios colectivos pueden ser instrumentos muy efectivos para lograr la igualdad laboral, pero también lo contrario, esto es, pueden constituir una fuente jurídica de discriminaciones y, por cierto, en la actualidad la única con esa capacidad, dado que es difícil que los posibles tratos discriminatorios provengan de leyes o reglamentos. En el análisis de la mayor parte de los convenios,[62] se detectaron numerosos puntos críticos. Sigue habiendo no pocas remisiones a las ordenanzas laborales, que son tributarias de una visión paternalista del trabajo femenino. No se prevé ni una sola acción positiva respecto del ingreso al trabajo de mujeres en sectores o empresas con infrarrepresentación femenina. Los mecanismos antidiscriminatorios que contempla nuestra legislación son inútiles si ni siquiera se llega a contratar a las mujeres, o se las contrata principalmente de modo precario y en sectores feminizados de baja remuneración. La inexistencia de una política de igualdad concreta se revela también en una herramienta que se antoja fundamental para que las trabajadoras puedan desarrollar una carrera profesional en idénticas condiciones que sus compañeros varones: la formación, tanto ocupacio-

[60] María Bustelo Ruesta y Emanuela Lombardo, *Políticas de igualdad en España y en Europa. Afinando la mirada*, Madrid, Cátedra/Universidad de Valencia/Instituto de la Mujer, 2007.

[61] Fernando Rey Martínez, "Presentación del estudio: objetivos, metodología, resultados", en *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León*, Salamanca, Junta de Castilla y León/Consejería de Sanidad y Bienestar Social/Dirección General de la Mujer e Igualdad de Oportunidades, 2000, pp. 3-22.

[62] De Castilla y León, pero con resultados extrapolables a todo el territorio nacional, como demuestran estudios semejantes.

nal como continua. Lo mismo cabe decir de los sistemas de promoción y ascensos, demasiado ligados al criterio de la antigüedad (por cierto, una posible fuente de discriminaciones indirectas). En cuanto a la discriminación salarial, ahí está el dato del menor salario medio de las trabajadoras respecto del de los trabajadores. Sigue valorándose de modo discriminatorio ciertos puestos de trabajo, como ocurre, por ejemplo, en relación con el factor del esfuerzo físico; se encuentran todavía muchas denominaciones en femenino de determinadas categorías profesionales históricamente ocupadas por mujeres, a las cuales se les concede una remuneración menor que a las categorías equivalentes ocupadas mayoritariamente por varones; no se controla las desigualdades salariales entre trabajadores y trabajadoras derivadas de las cláusulas de descuelgue (especialmente cuando se regulan de modo confuso), ni las eventuales discriminaciones indirectas que puedan provenir de la distinta aplicación que se otorgue a los complementos salariales, etc. Es decepcionante la escasa regulación expresa en materia de prestaciones de la seguridad social durante el embarazo y la lactancia. Las empresas parecen carecer de estrategia alguna de conciliación entre la vida privada y la profesional. En ocasiones se llega a remitir en exclusiva a las trabajadoras las responsabilidades familiares, pervirtiendo la finalidad de dicha conciliación, que no es la de consagrar la doble presencia o trabajo de las mujeres, sino precisamente lo contrario, es decir, el reparto equitativo de tareas domésticas y de trabajo extradoméstico entre mujeres y hombres. La protección social complementaria es heredera, en gran medida, de un modelo de relaciones laborales trasnochado, paternalista y discriminatorio en el que el hombre trabajaba fuera de casa y la mujer sólo en ella. Algunas ayudas se siguen concediendo, por ejemplo, sólo a las viudas, a las hijas o hermanas del trabajador. La figura del acoso sexual tiene un escaso grado de recepción en la negociación colectiva (aunque va en aumento) y, además, es insuficiente. No se regula, por ejemplo, un procedimiento específico o protocolo que permita garantizar los derechos de la persona acosada (la Ley de Igualdad sí exige este protocolo, por exigencia del derecho europeo), aunque sí existe alguna buena práctica que otra. El resultado global del análisis podría, sin embargo, enunciarse brevemente del modo siguiente: los convenios colectivos siguen conteniendo algunas discriminaciones directas (residuales) e indirectas (bastantes más), pero la conclusión principal es que apenas prevén ninguna medida de acción positiva o de igualdad de oportunidades. En efecto, la negociación colectiva, salvo honrosas excepciones, sigue un patrón que podría denominarse de *indiferencia hacia el sexo*. Las desigualdades de hecho que pesan todavía sobre las mujeres

trabajadoras no se ponen, normalmente, sobre la mesa de negociación. Se produce un fenómeno de *invisibilidad* de las trabajadoras ante la negociación colectiva. En el estudio se sugerían diferentes medidas para que la igualdad de trato y la de oportunidades fueran consideradas explícita y sistemáticamente en la negociación colectiva. Pero entre todas ellas debe destacarse una que quizás sea el presupuesto de todas las demás: el reconocimiento explícito por el Convenio del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo y la atribución a la Comisión paritaria de las funciones de iniciativa, seguimiento y control del cumplimiento de este derecho. Para garantizar una mayor concreción y efectividad, lo mejor sería que se encomendara esta función a un(a) trabajador(a) que perteneciera al Comité de Empresa o a otro órgano de representación de los trabajadores y fuera miembro a la vez de la Comisión Paritaria. En todo caso, la responsabilidad principal de la desigualdad laboral de las trabajadoras recae sobre los propios agentes sociales, los empleadores y los trabajadores, a quienes toca tomar realmente conciencia del problema y ponerlo, junto con sus posibles soluciones, en la agenda de la negociación. Para ello, desde luego, ayudaría mucho que hubiera más mujeres negociadoras.

Otro escenario crítico es el de la conciliación entre la vida privada y la profesional. Mientras los varones no entremos de verdad en los espacios privados, las mujeres no podrán hacerlo tampoco en los públicos. La igualdad entre mujeres y hombres requiere un nuevo acuerdo sobre el reparto de roles, espacios y tiempos. Mientras subsista el estereotipo del modelo de familia *male breadwinner* (el hombre es el que debe traer el pan al hogar), no avanzaremos. En consecuencia, el objetivo de la conciliación es absolutamente clave. Ahora bien, mi tesis es que las políticas de conciliación en España están progresando poco a poco (permitiendo una vida más cómoda a muchos trabajadores). Es innegable que se debe valorar positivamente la normativa sobre el particular; de modo general, cada vez hay mayor conciencia sobre la importancia de la conciliación, pero las políticas de conciliación están fracasando en España hasta el momento de modo estrepitoso en cuanto al objetivo de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres. En efecto, en España se viene entendiendo de modo general que sólo las mujeres tienen que conciliar la vida privada y la laboral; esto está provocando que las medidas dirigidas a la conciliación más que solucionar las desigualdades laborales entre mujeres y hombres, las están consolidando y ampliando. Desde la óptica de la igualdad entre mujeres y hombres, las políticas de conciliación se ponen instrumentalmente al servicio del objetivo de

que las mujeres puedan desarrollar una carrera profesional en idénticas condiciones que sus compañeros varones o tales políticas refuerzan el estereotipo sexista de que el cuidado de la casa y de los hijos corresponde en exclusiva o de modo principal a las mujeres. *Tertium non datur*.

Pues bien, según el Instituto de la Mujer, en 2005, de todas las excedencias solicitadas por cuidado de hijos, 95.23% correspondieron a las madres. Permisos de paternidad/maternidad: en 2004, 98.3% de todos fue solicitado por las madres; en 2005, 98.2% (del año 2000 a éste, el porcentaje ha oscilado entre 99 y 88.2%). Las reducciones de jornada por obligaciones familiares: las "disfrutan" entre 98 y 99% desde 1998 hasta el actual (y eso, tanto las trabajadoras asalariadas como las trabajadoras por cuenta propia). ¿Quién concilia en España?, ¿qué significa la conciliación en España? Que muchas mujeres están condenadas a llevar trabajos de baja intensidad para poder seguir sirviendo a los suyos en el ámbito doméstico, es decir, para poder hacer el doble trabajo o la doble jornada. Sin embargo, el objetivo (casi por descubrir entre nosotros) es que los hombres conciliemos, porque las mujeres llevan haciéndolo desde siempre. La principal razón de la baja participación de los varones en los permisos para el cuidado de niños y familiares no es la remuneración o no de éstos, ni la flexibilidad horaria, sino la cultura de cada empresa; aunque las políticas de conciliación se encuentran presentes en la agenda de 19% de los responsables de departamentos de recursos humanos, sólo 10% de los responsables de alta dirección las tienen en sus agendas.

¿Qué dicen de estos datos los sociólogos? Un estudio de la Universidad de Barcelona dirigido por Cristina Carrasco (y que está disponible en la página electrónica del Instituto de la Mujer) ha analizado las políticas de conciliación en España, ¿cuáles son los resultados?

Primero. La intensificación de la flexibilidad laboral ha provocado un mayor poder empresarial para organizar el tiempo de trabajo diario y anual, con escasa consideración a las necesidades de la vida cotidiana. Al revés. Cuando la jornada laboral se vuelve flexible y la empresa puede imponer cambios súbitos de configuración, esto repercute muy negativamente sobre las mujeres trabajadoras. Para muchas mujeres, las necesidades de cuidados que presentan las personas a su cargo ocupan un papel central en su vida; cualquier variación en su jornada, sobre todo si es imprevista, supone un grave trastorno que exige el rediseño de las estrategias familiares y

mayor presión moral y social. Además, la introducción de horarios "atípicos" (nocturnos, festivos, etc.) crea dificultades adicionales para llevar a cabo una vida social adecuada. En otras palabras, la flexibilidad de las jornadas, en sí misma considerada, si pierde de vista el objetivo de la igualdad, se convierte en una trampa para las supuestas beneficiarias, las mujeres.

Segundo. La organización del tiempo de las personas es muy distinta respecto de hombres y mujeres. Para los hombres, en general, la vida está determinada muy claramente por su tiempo dedicado al trabajo extradoméstico y el tiempo que les queda puede dedicarse al trabajo familiar doméstico u otras actividades. En el caso de las mujeres, la situación es mucho más complicada. El tiempo dedicado al trabajo también determina su organización diaria del tiempo, pero en situaciones críticas (aunque habituales, por cierto, como la presencia de dependientes), las mujeres suelen reducir el trabajo extradoméstico y aumentar considerablemente el doméstico. Incluso están dispuestas a trabajar en horarios peores con tal de que no varíen a menudo o de forma imprevista. En este sentido, la recomendación del Consejo Económico Social (2003) sobre la negociación colectiva es precisamente la exclusión de los empleados con responsabilidades familiares de los turnos variables, dándoles prioridad en la elección de turnos fijos, aunque la reducción de jornada de forma generalizada sería el instrumento más eficiente para conciliar. Otro ejemplo de las diferencias entre mujeres y hombres en este aspecto es la mayor participación de las mujeres en el sector público, con un horario más reducido y mayor flexibilidad, que permiten la conciliación. Así que, en todo caso, más que hablar de estrategias "familiares" de conciliación, las que se dan en la realidad son estrategias "femeninas", y forma parte de ella el retraso de edad de la maternidad, con sus correspondientes efectos demográficos y socioeconómicos.

Otro estudio, esta vez desde la economía, firmado en 2005 en la revista *Aequalitas* por María Luisa Moltó y se titula "Los recursos para la conciliación entre la vida laboral y familiar: efectos de las políticas de conciliación".[63] Según esta autora, que analiza la negociación colectiva en España, los permisos largos no remunerados para

[63] María Luisa Moltó Carbonell, "Los recursos para la conciliación entre la vida laboral y familiar: efectos de las políticas de conciliación", *Aequalitas*. *Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres,* núm. 17, julio-diciembre de 2005, pp. 41-46.

el cuidado de hijos se suelen recoger en los convenios con mayor frecuencia que los permisos para el cuidado de familiares adultos; hay menos convenios que planteen la compatibilidad entre los horarios laborales y los escolares, introduciendo alguna flexibilidad, sobre todo en los horarios de verano, vacaciones escolares, etc. Algunas empresas han ampliado los permisos de paternidad, maternidad, lactancia y permisos de larga duración para el cuidado de hijos, extensiones todas ellas sin remuneración, por lo general. La flexibilización del horario de trabajo es una medida utilizada por 59% de las grandes empresas, al menos para una parte de sus empleados, aunque en sólo 17% de las empresas está disponible esta medida para todos los empleados. El empleo a tiempo parcial está un poco más disponible (60% para parte de la plantilla), pero es más restrictivo en su disponibilidad para toda la plantilla (sólo 9.4% de las empresas). La flexibilidad horaria se reduce en la mayor parte de los casos a las horas de entrada y de salida del trabajo. La posibilidad de compartir el trabajo o del teletrabajo es prácticamente inexistente (aunque habría que tener cuidado también con un teletrabajo sin límite horario). La restricción de reuniones de directivos a partir de una hora temprana de la tarde es una de las prácticas que van cobrando relevancia en los programas de las grandes empresas. En general, creo que la tendencia hacia el horario europeo y una política de luces apagadas a más tardar a las seis o siete de la tarde serían muy favorables para la conciliación. Moltó hace una recomendación interesante: habría que introducir los temas de conciliación en los planes urbanísticos, sobre todo en las grandes ciudades, para fomentar la cercanía al lugar del trabajo en los planes de vivienda de promoción pública o social.

Otro punto crítico es el servicio de educación de los niños menores de tres años. Hay muchas diferencias entre comunidades autónomas. En el curso 2004-2005, sólo 13.5% de los niños menores de tres años estaban escolarizados en comparación con el 96.7% de los comprendidos entre tres y seis años (la Unión Europea ha establecido la meta para el 2010 de provisión de servicios de cuidado para 33% de niños menores de tres años).

En España, las ayudas económicas no son importantes en absoluto en la agenda de políticas de conciliación, ni a nivel nacional ni a nivel empresarial. La única prestación de la seguridad social por hijo dependiente es una prestación en función de un mínimo de ingresos familiares, que además es de una cuantía muy reducida. En un estudio reciente, el economista Javier Morillas, de la Universidad San Pablo de la CEU ha observado que un matrimonio español necesitaría tener 18 hijos y ganar menos de

7 440 euros al año para lograr las mismas prestaciones que una familia de 3 hijos y sin límite de ingresos en Alemania o 14 para obtener las compensaciones que reciben por 3 hijos en Francia. Sobre esto, por obvio, no hará falta insistir mucho. La prestación por hijo a cargo en España no es universal. La renta máxima exigida es muy baja. Además, se plantea el problema de la desigualdad entre regiones del tratamiento de las familias La prestación más novedosa, que no depende de los ingresos familiares, es el pago de los 100 euros mensuales (o alternativamente la desgravación fiscal de 1200 euros) de las madres trabajadoras con hijos menores de tres años, una medida, por cierto posiblemente discriminadora con las mujeres que no trabajan fuera de casa y, desde luego, insuficiente porque no cubre los gastos de un cuidador alternativo.

Los efectos de las políticas de conciliación han sido, según Moltó, las siguientes. En el plano individual, el nuevo modelo de familia de doble sustentador ha aumentado considerablemente en España en la última década, pero la presencia de los hombres en las responsabilidades familiares no ha sido tan relevante, ni mucho menos. El comportamiento de los jóvenes cambia cuando tienen hijos: algunas mujeres abandonan el mercado laboral, casi nunca lo hacen los hombres; los hombres apenas participan en los permisos de paternidad, éstos tienen un valor simbólico, como en otros países de nuestro entorno. En este sentido, la distribución y flexibilización de los horarios laborales juegan un papel mucho más relevante.

Efectos sobre las empresas. Las políticas empresariales de apoyo a la familia tienen costes evidentes y también beneficios indirectos a través de sus efectos sobre la productividad: la mejora del ambiente de trabajo repercutirá positivamente sobre el rendimiento de los trabajadores. Es difícil el cómputo de estos costes y beneficios. Lo que se conoce mejor es la pérdida de productividad que supone para las empresas el conflicto entre la vida familiar y laboral. Así, 19% de las empresas que participaron en un estudio del IESE declaraban tener problemas de rotación excesiva de su personal, 17% afirmaba tener dificultades para encontrar empleados clave, 21 % problemas de absentismo laboral y 14% problemas de estrés entre sus empleados. Retener a los buenos empleados, sobre todo si son mujeres, requiere un tratamiento razonable de las políticas de conciliación. Conciliar no es sólo para empresas socialmente responsables, es también para empresas inteligentes.

Moltó concluye su estudio afirmando que la conciliación es un tema social central porque ha aumentado la tasa de trabajo extradoméstico de las mujeres, porque una

población crecientemente envejecida produce presión demográfica y porque aparece como uno de los temas más relevantes de la agenda social europea. La ley del 99 dio el impulso inicial necesario. Pero hay una gran dispersión de medidas en diversos documentos y planes, con lo que se echa en falta una estrategia coherente y coordinada y, en general, la conciliación continúa siendo hoy en día más una bonita teoría que una práctica, sobre todo por el déficit crónico de servicios de cuidado de calidad a precios asequibles para toda la población. España es uno de los países del sur de Europa situados en una de las últimas posiciones en la lista de políticas públicas de apoyo a las familias con doble sustentador. El panorama se completa con unas tasas de empleo relativamente reducidas, sobre todo la correspondiente a las mujeres, con escaso uso del trabajo a tiempo parcial y bajas tasas de natalidad. Hay que destacar también que la mayor responsabilidad de las mujeres (en comparación con los varones) en el cuidado de los hijos, junto con su relativamente mayor precariedad en el mercado laboral, tiene implicaciones importantes sobre el futuro profesional de las mujeres, que disfrutarán de menores ingresos ahora y de pensiones insuficientes el día de mañana y se producirá una creciente disminución del número de hijos.

Otro documento de interés en el *Estudio comparativo de los planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres autonómicos y nacional*, elaborado por el Instituto de la Mujer en 2005.[64] El texto observa las semejanzas entre el plan estatal y los autonómicos (habla de "retroalimentación mutua"), pero advierte de los peligros de no dar al plan de la "importante" dotación presupuestaria que requiere y de la descoordinación entre todas las administraciones en este campo. Asimismo, propone mejorar las estadísticas desagregadas por sexos, incrementar la importancia de los planes de igualdad, prestar mayor apoyo a las estructuras y profesionales dedicados a fomentar la igualdad y proporcionar un adecuado plan de formación para todos los agentes implicados.

En el ámbito de la violencia de género también siguen produciéndose problemas. El principal, sin duda, es la alta cifra de mujeres asesinadas a manos de sus parejas. En 2006 fallecieron 68 mujeres, un número semejante al de los anteriores a la entrada

[64] *Estudio comparativo de los planes de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres autonómicos y nacional 2004*, Madrid, Secretaría General de Políticas de Igualdad/Instituto de la Mujer, 2005, disponible en <http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/politicas/Comparativa.pdf>.

en vigor de la ley de violencia, 72 en 2004 y 71 en 2003. Estamos, pues, ante un grave problema persistente. Un estudio reciente ha puesto de manifiesto la clara progresión al aumento de las denuncias por malos tratos realizados sobre mujeres (aunque se estima que no se denuncia más de 10% de los casos de violencia).[65] Respecto de las sentencias sobre violencia de género desde la entrada en vigor de la Ley, Blanca Oddo observa que ha habido un aumento de hechos que se han considerado delitos en lugar de faltas; ha habido un descenso muy considerable de aplicación de atenuantes o eximentes; las rebajas en las penas no son por regla general de años, sino de meses; todavía se obvia mucho el aspecto psicológico del maltrato.[66] En el ámbito judicial, la cuestión que más críticas ha suscitado han sido las medidas de protección, en particular, en cuanto al delito de quebrantamiento de condena para el caso de desobediencia de las órdenes de alejamiento o incomunicación, que no es disponible para la víctima. Hay varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre este asunto, además de sobre el (discutible) distinto tratamiento sancionador que la ley otorga según sea el sexo de la víctima (delito si es mujer, falta si es varón).

Así, pues, en el ámbito de la lucha contra la discriminación sexual, aunque sujeta a desafíos y problemas de cierta magnitud, existe, sin embargo, una estrategia seria, sostenida y, en gran medida, eficaz. Esto no ocurre del mismo modo en relación con la discriminación racial.

La lucha contra la discriminación racial

El hecho de que las directivas de igualdad de trato en el empleo y de igualdad racial fueran transpuestas por una ley de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado (la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) da idea del carácter más bien rutinario y escasamente entusiasta de la incorporación de la nueva normativa a nuestro ordenamiento. La transposición

[65] Blanca Oddo, "Análisis de la violencia de género en España. La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 64, 2005, pp. 111-143.
[66] *Ibidem*, p. 139.

fue, en efecto, de mínimos. Es cierto que la mayoría de requerimientos estaban vigentes entre nosotros, pero esto no elimina de todo el bajo nivel de consideración política que motivó la importación de las directivas. Es paradójico que aunque estas normas obliguen al Estado a colaborar con el tercer sector, el instrumento elegido fue el de un tipo de norma especial, que no sólo evita ese diálogo, sino incluso el usual de cualquier procedimiento legislativo ordinario, que reclama la atención del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y la implicación de los grupos afectados por la nueva regulación y del público en general. La transposición fue realizada de noche, en despoblado y a escondidas.

La directiva 43/2000 obligaba a introducir algunas modificaciones en nuestra legislación (introducir las categorías de "discriminación indirecta", de "acoso", la inversión de la carga de la prueba por discriminación racial, etc.). Pero sobre todo era la constitución del "organismo responsable de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico", así como la elaboración de planes de acciones positivas concretas y con suficiente financiación, las dos vías principales para avanzar significativamente en el campo de la igualdad étnica. El capítulo III de la directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, contiene un solo artículo, el decimotercero, llamado a jugar un papel estratégico central en la materia. Dispone el precepto que "cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico". Concreta que, desde el punto de vista organizativo, dicho ente "podrá formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales", y que, como competencias mínimas, deberá: *a)* "prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación"; *b)* "realizar estudios independientes sobre la discriminación", y *c)* "publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación". El artículo 33 de la ley española dispuso la creación del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico. El apartado cuarto de ese artículo remite a la regulación reglamentaria, la composición y funcionamiento del Consejo. Casi cuatro años después tenemos, por fin, recién creado normativamente ese Consejo.

El modelo de promoción que debería implantarse, con las adaptaciones necesarias, es aquel que ha mostrado en relativamente pocos años una gran eficacia en nuestro país: el modelo de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Así como en Estados Unidos se ha construido el derecho contra la discriminación sexual a partir de la prohibición de discriminación racial, en España correspondería recorrer justo el camino contrario, construir el derecho contra la discriminación racial a partir del elaborado para luchar contra la discriminación hacia las mujeres. Como se ha tenido ocasión de comprobar, ésa es precisamente la tendencia en el derecho de la Unión Europea.

De modo que ese "organismo" podría haber sido un organismo público, dependiente de la administración,[67] semejante a los que en la actualidad promueven la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tanto en el ámbito estatal, como en los autonómicos y locales (en los municipios donde hubiera una presencia significativa de población gitana). Las tres administraciones territoriales estarían llamadas a colaborar entre sí y también con la iniciativa social, con los interlocutores sociales, a los que la directiva otorga un papel responsable, sobre todo en el campo de la negociación colectiva, y con las organizaciones de todo tipo que prestan servicios en este campo. La idea de transversalidad, esto es, de consideración del impacto sobre las minorías étnicas de cualquier política pública, debería presidir todo el proceso. Por supuesto, debería fomentarse el asociacionismo gitano y también las sociedades "mixtas", compuestas por gitanos y no gitanos, que fomenten el diálogo e intercambio de ideas y experiencias. La promoción de la igualdad debe huir de cualquier forma de paternalismo o asistencialismo. La minoría gitana también habrá de asumir sus responsabilidades.

Uno de los problemas principales del abordaje actual de la discriminación racial es que usualmente se reduce a ser tan sólo un capítulo de los servicios sociales a personas en situación de exclusión social en general. En España no se comprende todavía el significado de la discriminación racial. Evidentemente, hay que plantearse cómo solucionar los problemas de los gitanos y otras minorías étnicas que se hallen en tales situaciones, pero con ello ni se llega a todos los gitanos ni se destruye el corazón

[67] Por lo general, estos órganos se han mostrado mucho más eficaces en su campo que otras instituciones de garantía de los derechos fundamentales como los defensores del pueblo (estatal y regionales), que son órganos comisionados de sus respectivas cámaras parlamentarias.

simbólico de los estereotipos. Por eso, la estrategia tiene que ir más allá, atacando las bases ideológicas, culturales y fácticas de la discriminación. Se ha avanzado bastante en el campo de las políticas de *inclusión,* pero apenas nada en las políticas de *reconocimiento*. El abordaje tradicional de las políticas de apoyo al pueblo gitano (sociales y económicas, sobre todo) es insuficiente en "cantidad", pero más todavía en "calidad". Sobre la comunidad gitana pesa un sensible *déficit de ciudadanía.* Si casi todo se fía al Plan de Desarrollo Gitano, se seguirá actuando contra los síntomas de la discriminación, pero no contra sus causas. Se acaba de crear, con mucho retraso, el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico (el Consejo Estatal del Pueblo Gitano no responde a las finalidades de este otro Consejo). Además, el sentido de la lucha contra la discriminación seguirá estando mutilado porque tendrá un signo asimilador de lo gitano en la cultura mayoritaria; apenas se presta valor a las aportaciones culturales de la comunidad gitana (es positivo que el gobierno haya creado el Instituto de Cultura Gitana). Recuérdese que uno de los cuatro objetivos del Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos es, precisamente, el de "poner el acento en la ventajas de la diversidad", subrayando "la aportación social positiva" de las personas que pertenecen a las minorías especialmente discriminadas.

En consecuencia, han de ser fundamentales los capítulos de educación, empleo, vivienda, medios de comunicación y promoción de la cultura gitana y de la participación social y política, ¿por qué no una cuota electoral para minorías raciales o medidas que "premien" la inclusión de gitanos(as) en las listas electorales? La minoría gitana tiene que dejar de ser socialmente *invisible*. Hacen falta investigaciones y estudios sobre la situación del pueblo gitano y otras minorías étnicas porque apenas se conoce nada de él con certeza. Hay que analizar de qué modo han contribuido y contribuyen a la historia y la cultura comunes. Es preciso realizar periódicos recuentos étnicos para determinar la ausencia (o, por el contrario, una concentración indeseable) de miembros de la minoría en distintos ámbitos sociales. Hay que insistir en las tareas de sensibilización a la opinión pública. La igualdad étnica es un bien para las minorías aisladas y sin voz, pero también para la sociedad en su conjunto porque será una sociedad más justa y dispondrá de mayor diversidad cultural.

Todas las áreas citadas (educación, cultura, empleo, salud, vivienda, participación y asociacionismo, colectivos de gitanos con problemática específica, imagen y medios de comunicación, etc.) podrían componer los planes de igualdad de oportunidades

entre gitanos y no gitanos, con sus correspondientes acciones positivas, evaluadas periódicamente. El organismo de igualdad sería el responsable último, aunque no el único, de que el plan se ejecutara.

Todas estas esperanzas en el nuevo organismo para la igualdad racial exigido por el derecho europeo se hallan, sin embargo, seriamente en entredicho. Como se ha dicho, más que transponer, el legislador español se transpuso. Y ahora el decreto aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2007 de creación del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y No Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico no permite precisamente albergar tampoco grandes expectativas. De momento, el título del real decreto es incorrecto: se reitera *igualdad de trato* y *discriminación*, sería mejor optar por uno o por otro: mejor *discriminación*, porque engloba *igualdad de trato*, pero también *igualdad de oportunidades*. Es significativo que se omita este concepto. Por otro lado, si se habla de discriminación étnica ya engloba la racial; quizás no hubiera sido necesario tampoco reiterar *étnica* y *racial*.

Se trata de un órgano colegiado interadministrativo con participación de las organizaciones representativas de intereses sociales (sindicatos, empresarios y organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo) de los previstos en el artículo 22.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tanto su naturaleza jurídica como sus competencias se ajustan a las competencias que establecía la directiva, aunque por lo bajo, esto es, se configura un Consejo que podríamos llamar "de baja intensidad"; se transponen al pie de la letra las obligaciones provenientes de Bruselas, no se añade ni una tilde de más.

El Consejo se adscribe, sin participar en la estructura jerárquica del mismo, al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (nada que objetar), a través de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (todo que objetar). Se ve que se asocia discriminación étnica con los problemas derivados de la inmigración; la comunidad gitana, que es española, que es de las más numerosas, y es sobre la que recaen los estereotipos racistas más destructores, ¿cómo se ubica en este escenario? Está claro que el legislador español no está pensando en ella y me parece, con respeto para otros grupos étnicos, que debe ser la primera cuyas necesidades de inclusión y de reconocimiento se de-

ben atender, porque las políticas de igualdad en relación con ella están aún en fase embrionaria, pese a todo. Es elocuente que este borrador de real decreto no requiera siquiera el informe previo del Consejo Estatal del Pueblo Gitano.

Las finalidades del Consejo se establecen en el artículo 2°: le corresponde la promoción de "la igualdad de trato y no discriminación" (nuevamente esta fórmula no muy feliz desde el punto de vista técnico) racial o étnico en la educación, la sanidad, las prestaciones y servicios sociales, la vivienda, la oferta y el acceso a cualquier bien o servicio, el acceso al empleo, la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua. De aquí se deriva el triple orden de competencias (artículo 3°).

Primera. Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación directa o indirecta por su origen racial o étnico al tramitar sus reclamaciones. Si la agresión procede de un poder público, el carácter "independiente" de la asistencia padecerá, sin duda, porque el Consejo será juez y parte. En el modelo inglés de Consejo en el que se inspira la norma comunitaria, ésta es una especie de agencia independiente que no se adscribe a ningún ente administrativo.

Segunda. Realizar con autonomía análisis e informes, así como publicar informes independientes sobre la discriminación racial. La norma concreta que el Consejo podrá emitir, a iniciativa propia o a petición de los órganos competentes de la administración estatal, informes sobre proyectos normativos, planes, programas, etcétera relacionadas con el objeto y finalidad del Consejo (no ha llegado a exigir este informe previo sobre el borrador de toda norma que afecte a la materia, como sí se hace en relación con la discriminación sexual; sin embargo, creo que sería interesante que se hiciera). En segundo lugar, la norma concreta que el Consejo deberá elaborar un informe anual sobre la situación de la discriminación racial, que elevará al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. ¿Quizás para que dormite en algún cajón polvoriento el sueño de los justos? Lo más razonable es que se elevara al Parlamento, aunque fuera a través del Ministro de Trabajo. Sólo así recibiría la suficiente publicidad hacia los ciudadanos y la suficiente atención hacia la agenda política.

Tercera. Promover medidas que contribuyan a la igualdad racial formulando, en su caso, recomendaciones y propuestas que procedan; y se ejemplifican algunas: escrutar la normativa y los planes de promoción de igualdad racial para detectar

discriminaciones, promover que en la negociación colectiva se establezcan reglas que impidan la discriminación, promover actividades de información y sensibilización, establecer mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativa, etc. El Consejo debería elaborar y aprobar un plan de igualdad de trato y también de oportunidades. El decreto se olvida siempre de la igualdad de oportunidades, pero es clave, porque hoy los problemas de igualdad étnica no vienen tanto de la igualdad de trato como de la falta de igualdad de oportunidades en las diferentes áreas que componen los fines del Consejo (educación, sanidad, vivienda, cultura, trabajo, etc.), de modo semejante a los que existen para lograr la igualdad entre hombres y mujeres en el Estado, las comunidades autónomas, las diputaciones y los ayuntamientos grandes. En este sentido, la lista de ejemplos del artículo 3.c es muy corta (al menos que es abierta y no establece un *numerus clausus*.

Cuarta. En cuanto a la composición del Consejo, estará integrado por el presidente, nombrado por el ministro de Trabajo a propuesta de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración entre personalidades de reconocido prestigio en este campo –su mandato, como el del resto de miembros, es de tres años–; huelga decir que el talante y capacidad de este presidente, sobre todo del primero que se nombre, será clave para determinar el grado de viabilidad y eficacia del Consejo; un vicepresidente primero, elegido por los vocales representantes de sindicatos, empresarios y organizaciones no gubernamentales; un vicepresidente segundo, el director general de Integración de Inmigrantes, ocho vocales de la Administración General del Estado, con rango de directores generales de los ministerios de Trabajo, Educación, Justicia, Sanidad y Consumo, Interior y Vivienda; cuatro vocales representantes de las comunidades autónomas, a propuesta del Consejo Superior de Política de Inmigración; dos vocales representantes de la administración local, a propuesta de ese mismo Consejo –debería ser a propuesta de la Federación Española de Municipios y Provincias–; dos vocales representantes de las organizaciones empresariales y otros dos de los sindicatos y diez en representación de organizaciones y asociaciones cuya actividad esté relacionada con la promoción de la igualdad racial –la selección de estas organizaciones se realizará por convocatoria pública efectuada a través de Orden del Ministerio de Trabajo–. El secretario del Consejo será el director del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, del que se dice que dará funciones de apoyo técnico al Consejo, pero sin concretar cuáles: la relación entre el Consejo y el Observatorio es bastante confusa en la norma. En total son cuarenta miembros. A esto hay

que añadir que el Pleno del Consejo podrá designar dos expertos independientes que podrán asistir a las sesiones del pleno con voz y sin voto con funciones de asesoramiento. Un órgano muy poblado, ciertamente, así que será clave en su funcionamiento, no tanto su pleno como la Comisión Permanente. El pleno se reunirá al menos dos veces al año en sesión ordinaria (caben reuniones extraordinarias). La permanente estará formada por el presidente, los dos vicepresidentes, el secretario, y cuatro vocales (nombrados por el Ministerio de Trabajo a propuesta y de entre los vocales que representan al Ministerio de Trabajo, a las administraciones local y autonómica y a las organizaciones sindicales, empresariales y sociales). Ocho personas en total.

Lo peor que se puede decir del decreto es que no se aseguran los recursos presupuestarios; sólo se alude vagamente a ello, junto con una previsión de que los vocales que no pertenezcan a la administración que no residan en Madrid cobren dietas en sus desplazamientos –faltaría más– ni tampoco personales y técnicos suficientes para cumplir las funciones encomendadas. Las competencias requieren una estructura técnica y de gestión, personal suficiente y un presupuesto adecuado para poder ser llevadas a cabo. El borrador parece configurar un Consejo *baratito*, de poquitas reuniones al año; incluso de la permanente sólo se dice que tendrá tres reuniones como mínimo al año. Parece estar pensado como simple órgano consultivo, pero esto no se corresponde con sus funciones, que requerirán un serio esfuerzo presupuestario (para hacerlas bien, claro). Este borrador no revela una gran voluntad de configurar un Consejo eficaz de verdad; parece algo cosmético. No hay auténtica cirugía antidiscriminatoria; apenas una inyección de botox, con efectos menores y temporales.

Tampoco quedan claras las funciones y escenarios de cooperación con las asociaciones que trabajan en este campo (que podrían ser muy importantes en la función de asistencia a las víctimas de discriminación; por ejemplo, es difícil que el Consejo, desde Madrid y conocido por escasas personas, pueda prestar este tipo de servicio sin la ayuda del tercer sector, instalado capilarmente en todo el territorio y que conoce y que viene asistiendo a las víctimas de discriminación). La norma huele a norma administrativa, sin ambición. Y, sin embargo, como advierte el Informe de 2007 de la Fundación Secretariado Gitano, "Discriminación y Comunidad Gitana", persisten los graves problemas de racismo en España. Sus conclusiones son realmente interesantes. Constata, por ejemplo, que, "al igual que en el año 2005, los principales avances en materia de igualdad de trato y comunidad gitana se han producido en el campo del reconocimiento institucional": *a)* constitución del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, aprobado por real decreto

891/2005 de 27 de julio, y cuya finalidad es promover la participación y colaboración del movimiento asociativo gitano en el desarrollo de las políticas generales y en el impulso de la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato dirigidos a esta población; *b)* creación de la Fundación Instituto Cultura Gitana, entre cuyas finalidades destaca la de proponer acciones dirigidas a lograr la convivencia armónica entre los distintos grupos y culturas que conforman nuestra sociedad, procurando que en ellas se tenga en cuenta la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato, la igualdad de género y la no discriminación de la población gitana; *c)* mención al reconocimiento institucional de la comunidad gitana realizada en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía y Aragón o en los que están en proceso de aprobación, como es el caso de los Estatutos de Castilla y León y Castilla-La Mancha, que vienen a reconocer la contribución fundamental de los gitanos a la riqueza social y cultural de estas autonomías.

Pero fuera del ámbito del reconocimiento institucional, continúa el Informe, "2006 no se ha destacado por contribuir significativamente a la lucha contra la discriminación racial, en general, y frente a la comunidad gitana, en particular". Por el contrario, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia alerta, en su último informe relativo a 2006, de que en España los inmigrantes y la comunidad gitana sufren discriminación, entre otros, en los sectores del empleo, la vivienda y la educación, destacando especialmente el aumento de la discriminación silenciosa y encubierta en nuestro país. El informe constata también que los gitanos siguen sufriendo una clara discriminación pública y privada en todos los ámbitos sociales, y que es preciso abordar con urgencia la violencia racista. El tercer informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) sobre España coincide, asimismo, en que algunos colectivos, incluyendo los gitanos, siguen sufriendo una discriminación racial cotidiana en muy diversos ámbitos, y que se ven particularmente afectados por la práctica habitual de la policía de establecer perfiles étnicos, lo que incrementa sus posibilidades de ser objeto de mala conducta policial. La conclusión final es que las autoridades españolas siguen sin entender, en gran medida, qué significa e implica la lucha contra la discriminación racial.

EL CONCEPTO DE *MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO Y SU APLICACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

Elisa Sierra Hernáiz[1]

La delimitación de la noción de acción positiva, en el sentido de tratamientos preferenciales o reservas de puesto de trabajo en el mercado laboral, debe partir necesariamente del derecho comunitario, que fija los límites de la aplicación de este tipo de medidas en los países que integran la Unión Europea. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam sienta las bases para el establecimiento de medidas de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario, y encuentra su reconocimiento legislativo en el artículo 3º de la directiva 54/2006/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Hasta este Tratado el fundamento de la acción positiva se había sustentado en el artículo 2.4. de la directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y en los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Esto había suscitado graves problemas de legalidad al aplicar estas medidas por la interpretación tan restrictiva que se hizo de ellas, así como por los requisitos impuestos para su aplicación.

En consecuencia, se planteó la necesidad de clarificar el concepto y los límites de la acción positiva en el derecho comunitario y superar, de paso, las contradicciones de

[1] Profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España.

la doctrina del TJUE, como se abordará más adelante. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam da un nuevo enfoque a la política social comunitaria al otorgarle mayor peso y autonomía, siendo uno de los principios beneficiados el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Así, el artículo 2º incluye, por primera vez, entre las misiones de la Comunidad, la promoción de la igualdad entre los sexos. Por otra parte, el artículo 3.2 se fija como objetivo de la Unión Europea eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad. Por su parte, el artículo 13 reconoce al Consejo la posibilidad de adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En idéntico sentido, el artículo 137.1 establece que la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Finalmente, el artículo 141 reconoce el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (apartado 1) y posibilita que el Consejo adopte todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato (apartado 3).

Posiblemente uno de los aspectos más novedosos en esta materia sea el artículo 141.4 del Tratado. Este precepto establece que:

> Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Su objetivo es acabar con las discriminaciones y mejorar las oportunidades de las mujeres en el mercado de trabajo para superar la segregación profesional que les impide disfrutar de verdaderas condiciones de igualdad.[2] En el mismo sentido, el

[2] Miguel Rodríguez Piñero, "Igualdad de género y políticas comunitarias", en *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2000, pp. 1-10; Pedro Luis Gomis Díaz, *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.

artículo 3º de la directiva 54/2006 indica que: "Los Estados miembro podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral".

LA NOCIÓN DE ACCIÓN POSITIVA EN EL DERECHO COMUNITARIO

A partir del análisis de la normativa comunitaria se puede realizar una primera aproximación al concepto de acción positiva. En cuanto los requisitos que deben cumplirse al aplicarlas hay que remitirse a la doctrina del TJUE.

Las medidas de acción positiva, en primer lugar, son medidas *de igualdad de oportunidades*; se definen como: "aquellas medidas que tienen por objeto ofrecer ventajas concretas al sexo menos representado para facilitar el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales". El precepto también precisa *su finalidad*, centrada en garantizar la plena igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; para ello, se deben eliminar los obstáculos que en la práctica impiden la consecución de la igualdad real y efectiva entre los sexos. Su contenido, así delimitado, es muy amplio y puede abarcar, entre otras, disposiciones que protejan el *status* laboral de la mujer embarazada o con hijos; aquellas que potencien un reparto equilibrado de las tareas familiares entre hombres y mujeres; las que se centren en compatibilizar la vida laboral y profesional; los incentivos económicos a la contratación de mano de obra femenina, o los tratamientos preferenciales en el empleo en cuanto reserva de puestos de trabajo a favor de un colectivo infrarrepresentado.

En segundo lugar, las medidas de igualdad de oportunidades se configuran como *una excepción al derecho individual a la igualdad de trato*.[3] Este derecho consagra la titularidad individual de la igualdad, la igualdad formal y la igualdad en los puntos de partida, esto es, la ausencia de barreras legales a la hora de optar a un puesto de trabajo o a una promoción. Desde esta perspectiva será discriminatoria

[3] Éliane Vogel-Polsky, "A propósito de la sentencia Marschall. El estatuto de las acciones positivas en el derecho comunitario", *Relaciones Laborales*, vol. I, 1999, pp. 1307-1320.

cualquier diferenciación por razón de sexo, salvo que haya una justificación razonable y objetiva que la legitime.[4]

El problema, por lo tanto, aparece al establecer *cuándo está justificada la excepción a la igualdad de trato.* Una interpretación muy estricta que sólo considere la faceta formal de la igualdad supone el rechazo de las medidas de acción positiva por su consideración del sexo como un factor legítimo de diferenciación. Frente a esta postura puede considerarse la otra vertiente de la igualdad, la igualdad sustancial o real, que pretende erradicar los efectos de conductas discriminatorias que se perpetúan automáticamente en el tiempo, que afectan a personas por su pertenencia a un colectivo y que la igualdad formal se ve incapaz de superar precisamente porque no considera los efectos colectivos de la discriminación social. En este caso, la igualdad de oportunidades no se limita a los puntos de partida sino que pretende corregir las desigualdades que se van produciendo en la competencia por puestos de trabajo. El origen de tales desigualdades se debe situar precisamente en la discriminación. Para conseguir la igualdad de oportunidades se idean estos mecanismos, que tienen en cuenta el factor que causa discriminación con la finalidad acabar con los efectos de la discriminación social que impiden al colectivo femenino gozar de una verdadera igualdad de oportunidades en el empleo.[5] Pues bien, si se parte de esta noción de igualdad, las medidas de acción positiva deberían considerarse como una excepción legitima al principio de igualdad de trato, ya que su objetivo, como señala el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, es garantizar en la práctica la plena igualdad entre los sexos.

En tercer lugar, el artículo 141.4 hace descansar *la legitimidad de las medidas que otorguen ventajas concretas de dos factores*. Primero, que el grupo beneficiado esté *infrarrepresentado*. Es importante resaltar que se introduce el concepto de pertenencia a un grupo definido por el sexo para acceder a estas ventajas. En segundo lugar, estas medidas deben ser *neutras*, es decir, que tengan como destinatarios tanto a las mujeres como a los hombres.

[4] Miguel Rodríguez Piñero, María Fernanda Fernández López *et al*, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

[5] Elisa Sierra Hernáiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 10 y ss.

De los dos requisitos, la *infrarrepresentación* se vuelve determinante, ya que el establecimiento de ventajas concretas no se hace tomando en cuenta el sexo de los destinatarios, sino sólo si están o no infrarrepresentados. No obstante, en relación con el uso de esta noción en el artículo 141.4, hay que realizar una reducción teleológica de su alcance. Ya que los tratamientos preferenciales pretenden acabar con los efectos de la discriminación social, éstos estarán justificados sólo si la infrarrepresentación obedece a tal discriminación. Así, hay que partir de la presunción de que toda situación de infrarrepresentación tiene un origen discriminatorio, y el simple dato numérico puede ser un poderoso indicio en este sentido. Ahora bien, no se debe descartar que lo anterior se desmienta con la demostración de que otras circunstancias han determinado esa menor presencia en un determinado sector del mercado de trabajo. Por lo tanto, el elemento clave no es únicamente que un sexo esté infrarrepresentado, sino que lo esté como consecuencia de una discriminación social.

En cuanto a su *carácter neutro*, la razón de que debe ser así es garantizar el respeto formal del principio de igualdad de trato de los trabajadores, de tal manera que si es necesario en un caso concreto romper la automaticidad de la medida para promocionar al varón, habrá de hacerse siguiendo la doctrina del TJUE.

Con todo, esta redacción merece ser criticada por su falta de lógica puesto que si se quiere introducir una excepción en la aplicación de la medida de acción positiva, ésta, en su caso, debería fundamentarse en su impacto en otros colectivos históricamente discriminados o con dificultades de acceso al mercado laboral, como pueden ser las personas que tengan que conciliar la vida laboral o familiar, lo que en un momento dado puede justificar que la preferencia se dé al varón y no a la mujer. Ni históricamente ni en la actualidad el colectivo masculino presenta problemas de discriminación por razón de sexo en comparación con el colectivo femenino. Pero, además, se está introduciendo un requisito ajeno al concepto y los límites de acción positiva, lo que puede dificultar su implantación.

LOS LÍMITES DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Los límites en la aplicación de tratamientos preferenciales en el empleo se encuentran en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que analizan los supuestos de reservas de puestos de trabajo a favor de la mujer o del sexo menos representado. En ellas se distinguen dos etapas. La primera, integrada por la sentencia Kalanke y la segunda, por el resto de fallos. Esta división se debe a que la primera sentencia supuso, en la práctica, un rechazo hacia este tipo de medidas en una interpretación muy restrictiva del artículo 2.4. de la ya derogada directiva 76/207. A partir de ella, y en los siguientes pronunciamientos, el Tribunal, sin rechazar expresamente la doctrina Kalanke, abrió la puerta para adoptar tratos preferenciales en el empleo. Esta doctrina se vio refrendada con la aprobación del artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam y de la actual directiva 54/2006.

Ahora bien, la segunda etapa no está exenta de problemas. En primer lugar, el contenido de los fallos no es todo lo claro que debería de ser en su redacción, lo que a veces provoca problemas de comprensión de la doctrina judicial. En segundo lugar, el Tribunal Europeo ha intentado legitimar los tratamientos preferenciales en el empleo desde los parámetros fijados en la doctrina Kalanke, lo que plantea problemas de interpretación. Como se tendrá oportunidad de ver a continuación, en Kalanke, en una interpretación puramente formal del principio de igualdad, se rechazó la acción positiva por constituir preferencias absolutas e incondicionales. Pues bien, en los fallos posteriores, el Tribunal, en vez de analizar la naturaleza y el significado de la acción positiva y rechazar esa interpretación, introdujo un requisito de legitimidad, en principio, ajeno a la noción de acción positiva: la cláusula de apertura en la Sentencia Marschall, para respetar la doctrina Kalanke.

En tercer lugar, el Tribunal no se ha pronunciado sobre el contenido de este requisito, lo que crea una gran incertidumbre y, en la práctica, puede convertirse en un obstáculo para establecer tratamientos preferenciales por su falta de claridad y seguridad.

En cuarto y último lugar, por lo que respecta a los otros tres fallos, la Sentencia Badeck es quizás la mejor muestra de dicha confusión al introducir un nuevo criterio de no aplicación de los tratamientos preferenciales, –"que no concurran motivos de

rango jurídico superior"– sin que el Tribunal se pronuncie acerca de su significado. En cuanto a la Sentencia Abrahamssom, su importancia radica en el análisis del principio del mérito en el contexto de la de acción positiva. Para finalizar, la Sentencia Lommers legitima un tratamiento preferencial indirectamente relacionado con el acceso al mercado laboral como es la reserva de plazas en guarderías para las funcionarias.[6]

[6] En la relación de casos analizados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha incluido la sentencia Briheche, de 19 de marzo de 2004, asunto c-319/03, por tratarse más bien de una discriminación por razón de sexo y no de una medida de acción positiva, a pesar de la redacción de la norma. En esa ocasión, se analizó la adecuación al derecho comunitario de una norma francesa que eximía, para el acceso a la función pública, del límite de edad de los 45 años a las madres de tres o más hijos, a las viudas y a las divorciadas que no se hubieran vuelto a casar, a las separadas legalmente o a las solteras con al menos un hijo a cargo, que se vean en la necesidad de trabajar, y a los hombres solteros con al menos un hijo a cargo que se vean en la necesidad de trabajar. El caso lo planteó el señor Briheche, de 48 años de edad, viudo y con un hijo a cargo. En esa ocasión, el Tribunal rechazó la medida desde el principio de igualdad de trato ya que instauraba una discriminación por razón de sexo. Es cierto que el ya derogado artículo 2.4. de la directiva 76/207 permitía medidas que favoreciesen a las mujeres en el acceso al empleo con la finalidad mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en igualdad con los hombres con el objetivo de lograr una igualdad sustancial y no meramente formal, al reducir las posibles desigualdades de hecho en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 141de la Constitución española, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas. Sin embargo, esta medida establece una prioridad absoluta e incondicional a favor de las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, reservándoles la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación. Además, desde la perspectiva del 141.4, no se permite a los Estados miembro adoptar condiciones de acceso al empleo público que resultan, en todo caso, desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA[7]

Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995, asunto c-450/93

En el caso Kalanke, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea examinó por primera vez una medida de acción positiva en el ordenamiento comunitario resolviendo en sentido contrario a su admisibilidad.

Este fallo analizó el artículo 4º de la Ley del Estado Alemán de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública. En ella se establecía una preferencia en la contratación de mujeres, tanto en la selección como en la promoción o provisión de vacantes. Consistía en que, a igualdad de méritos, las candidatas serían preferidas frente a los candidatos masculinos en sectores en los que las mujeres se encontrasen infrarrepresentadas. La Ley entendía que esta situación se producía si las mujeres no cubrían al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de salarios, sueldos, retribuciones o funciones de las respectivas categorías del personal de determinado servicio en la administración. El otro requisito era que las mujeres beneficiadas por esta disposición tuvieran la misma capacitación que los candidatos masculinos, para lo cual sólo se tendrían en cuenta las exigencias de la profesión, del puesto de trabajo que debía proveerse o del cuerpo funcionarial.

Entrando en los argumentos de fondo, la sentencia parte del principio de igualdad de trato que consagraba el artículo 1.1 de la directiva 76/207, que se traducía, en el artículo 2.1, en la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta. Desde esta perspectiva, el TJUE no admitió que se establecieran preferencias automáticas a favor de mujeres capacitadas en sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas (fundamentos 15 y 16). No obstante, la misma directiva autorizaba, en el artículo 2.4, las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en la vida social. Así, se permitió la adopción de medidas, en apariencia discriminatorias, destinadas a mejorar la capacidad de las mujeres para competir en el mercado de trabajo y desa-

[7] En general, sobre el impacto de las sentencias Kalanke y Marschall, véase Sierra Hernáiz, *op. cit. supra* n. 4, pp. 143 y ss.

rrollar una carrera profesional en igualdad con los hombres (fundamentos 17-20 siguiendo el fallo de 25 de octubre de 1988, Comisión contra Francia, asunto 318/86).

Sin embargo, lo anterior se configuró como una excepción al derecho individual a la igualdad de trato y no discriminación consagrado por la directiva (sentencia Johnson, de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84). Para el Tribunal, una preferencia absoluta e incondicional hacia las mujeres en un nombramiento o en una promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el antiguo artículo 2.4 de la directiva 76/207 (fundamento 22 y 23). Por ello, los artículos 2.1 y 2.4 de la directiva se oponían a una medida que concediera automáticamente una preferencia a las candidatas en los sectores en los que las mujeres estuviesen infrarrepresentadas, considerando que las mujeres están infrarrepresentadas cuando no cubren al menos la mitad de los puestos (fundamento 24).

A la vista de lo expuesto se podría concluir que el Tribunal no impidió la adopción de medidas que potencien la igualdad de oportunidades de la mujer en el empleo como forma de superar la condición social y cultural distinta a la que tiene que hacer frente este colectivo. Esto se traduce en desigualdades de hecho que perjudican a la mujer. Incluso, el Tribunal afirma la necesidad de emprender este tipo de medidas, en el fundamento 20. Lo que rechaza el Tribunal son las preferencias absolutas e incondicionadas porque no son un mecanismo adecuado –instauran la igualdad de resultados, la paridad numérica– ni, en este supuesto, proporcional. *A contrario sensu*, si se adoptan tratamientos que no impliquen una preferencia absoluta e incondicional, no debería haber problemas para admitir su uso para mejorar la capacidad de competir de las mujeres en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en igualdad con los hombres.[8]

[8] Las áreas preferentes de actuación, según el parecer del abogado general, serían la orientación y la formación profesional, así como la reforma de los sistemas de organización del trabajo con el fin de promover un equilibrio entre las tareas familiares y profesionales y una mejor distribución de dichas tareas entre los sexos (fundamento 18).

Sentencia Marschall, de 11 de noviembre de 1997, asunto c-409/95.

De nuevo es un tribunal alemán el que planteó una cuestión prejudicial, a raíz de un litigio entre el señor Marschall y el Land Nordrhein-Westfalen sobre la candidatura del primero a un puesto de promoción en un centro escolar de Schwerte. El conflicto radicaba en determinar si el artículo 25.5. de la Ley de la Función Pública del Land era conforme al artículo 2º, apartados 1 y 4, de la directiva 76/207. En la ley alemana se disponía lo siguiente:

> Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor.

La razón alegada por el Land era la tendencia a promover a un hombre antes que a una mujer a igual capacitación, por la aplicación de determinados criterios tradicionales de promoción que perjudican en la práctica a las mujeres. Esta reserva no era automática sino que permitía promover a un hombre siempre que concurriesen motivos que lo justificasen, para garantizar la suficiente flexibilidad y evitar las actuaciones arbitrarias que dieran origen a conductas discriminatorias.

A diferencia de lo que sucedió en la Sentencia Kalanke, en este caso el Tribunal se pronunció a favor de la medida de acción positiva. El dato fundamental en que se apoya el TJUE es que, en esta ocasión, existe una *cláusula de apertura* (así la denomina el propio órgano judicial) conforme a la cual las mujeres no gozan de la preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor. Si esto es así, la norma que garantiza a las mujeres un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas no excedía la regulación del artículo 2.4 de la directiva 76/207, puesto que tal norma puede servir de contrapeso a los efectos perjudiciales que padecen las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos sociales y reducir, de esta forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (fundamento 31).

La sentencia se fundamentó, al igual que sucedió en el caso Kalanke, en el fallo de 25 de octubre de 1988, Comisión contra Francia, asunto 312/86, según el cual el artículo 2.4 de la directiva 76/207 tenía como finalidad precisa autorizar medidas que, aunque fuesen discriminatorias en apariencia, estuviesen destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. También citó la sentencia Kalanke, puesto que este pronunciamiento permitió las medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una capacidad profesional en igualdad con los hombres. Por último, mencionó la recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer. Así, el Tribunal tomó en cuenta los prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de las mujeres en la vida activa y el temor de que interrumpan más frecuentemente su carrera, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o de que se ausenten más a menudo del trabajo por motivos relacionados con la maternidad y lactancia (fundamento 29). Por eso, el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades (fundamento 30).

A continuación, el Tribunal analizó si la preferencia sobrepasaba los límites de la excepción al derecho individual a no ser discriminado por razón de sexo consagrado en el artículo 2.1 de la directiva 76/207. De nuevo, si la cláusula de apertura garantiza que las candidaturas de ambos sexos sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino, no nos encontraremos ante una preferencia absoluta e incondicional prohibida por la norma comunitaria. El importantísimo límite introducido por este órgano judicial es que los criterios de valoración de las capacidades de las y los candidatos no deberán ser discriminatorios, esto es, no podrán perjudicar a las candidatas femeninas (fundamento 33).

Sentencia Badeck, de 28 de marzo de 2000, asunto c-158/97

El caso Badeck es el tercer supuesto analizado por el TJUE, De nuevo, lo planteó un tribunal alemán ante una cuestión prejudicial planteada por el Staatsgerichtshof del Land de Hesse ante un procedimiento de control de legalidad interpuesto por 46 diputados del Parlamento acerca de la validez de una ley de 1993 sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública (HG1G).[9] Los demandantes estimaron que los artículos 3º, 5º, 7º, 8º a 11, 14, 16 y 18 de esta norma eran contrarios a dos principios consagrados en la Constitución del Land de Hesse. Por un lado, se argumentaba:

> la selección de los más capacitados, que queda en entredicho puesto que se establece una preferencia en función del sexo y no en función de los méritos y, por otro, el principio de igualdad de trato, que prohíbe otorgar privilegios a un grupo específico y que, a su vez, garantiza a los ciudadanos la igualdad de oportunidades desde los puntos de partida sin admitir situaciones de ventaja indefinidas para una categoría específica de personas (fundamento 11).

Además, esta ley sería, a su entender, contraria a la directiva 76/207 como se desprende de la sentencia Kalanke. Ante estas alegaciones, el tribunal alemán planteó cinco preguntas en la cuestión prejudicial relacionadas con la admisibilidad, requisitos y límites de la acción positiva en el derecho comunitario.

Al pronunciarse sobre la validez de los preceptos de la norma alemana, el TJUE tuvo en consideración el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, el artículo 1.1 y 2.4 de la directiva 76/207, el tercer considerando de la recomendación 84/635 y las sentencias Kalanke y Marschall. En consecuencia, el Tribunal consideró que la preferencia de mujeres en sectores en los que se encuentre infrarrepresentada tendrá que cumplir una serie de requisitos para adecuarse al derecho comunitario. Por una parte, no conceder de modo automático e incondicional preferencias a las candidatas

[9] La sentencia se comenta en Elisa Sierra Hernáiz, "Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario a la STJUE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck", *Revista de Derecho Social*, núm. 12, 2000, pp. 121-136.

femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos (criterio establecido en la sentencia Kalanke) y, por otra parte, que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (criterio exigido en la sentencia Marschall, fundamento 23).

El Tribunal repara en tres elementos para admitir la medida. En primer lugar, en la *forma* de la medida, ya que el Land de Hesse optó por una cuota de resultado flexible (Ergebnisquote), lo que se adapta perfectamente a la normativa comunitaria por dos razones. Por un lado, porque al fijar los objetivos toma en cuenta las características específicas del mercado de trabajo y no fija de manera uniforme las cuotas aplicables a todos los sectores y los servicios de que se trate. Y, por otro, porque no prevé de modo automático que deba favorecerse a la trabajadora en una situación de empate de méritos, sino sólo cuando sea necesario, esto es, cuando las mujeres estén infrarrepresentadas como indicio de que hay una situación desfavorable contra ellas. Sólo en este supuesto el sexo del candidato será determinante en el proceso de selección (fundamentos 28-29).

Junto con este dato, el Tribunal estimó que concurría un segundo elemento que legitimaba la medida: *el respeto al principio del mérito*. Así, la selección de una persona se basaba en su aptitud, competencia y capacidad técnica (cualificación) en relación con las exigencias del puesto o función que debe ejercer. En este sentido, una de las novedades de la norma radicaba en los criterios positivos y negativos que introduce para valorar los méritos. De acuerdo con la norma, se debía tener en cuenta la capacidad y la experiencia en el desempeño del trabajo familiar en la medida en que tengan alguna relevancia para valorar la competencia y capacidad técnica, mientras que la antigüedad, la edad y la fecha de último ascenso sólo podrán considerarse si son relevantes al respecto. Tampoco podía tenerse en consideración la situación familiar, los ingresos del cónyuge, el trabajo a tiempo parcial o los permisos o la finalización tardía de los estudios motivados por el cuidado de hijos o familiares. El objetivo del legislador alemán era garantizar que las personas que se han dedicado a la atención y cuidado de la familia no se viesen perjudicadas por ello en su vida profesional. Por último, la sentencia señaló que estos criterios, aunque formulados en términos neutros en cuanto al sexo, favorecen en general a las mujeres, por lo que su finalidad era lograr una igualdad sustancial y no meramente formal reduciendo las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social (fundamentos 30-33).

En el caso de que un candidato y una candidata hayan obtenido la misma calificación, el tercer requisito que tiene que concurrir para aplicar la medida de acción positiva es que *no exista ningún motivo de rango jurídico superior* que anule la preferencia a favor de la mujer para otorgar el puesto de trabajo al candidato masculino. Sólo en este caso no nos encontraremos ante una preferencia absoluta e incondicional. A la hora de clarificar este concepto jurídico indeterminado, el TJUE remite al informe del presidente del Land, que señala que los motivos de rangos jurídicos superiores vienen determinados por el Estado social y por el derecho fundamental a la protección del matrimonio y la familia.[10] El Tribunal finalizó afirmando que le corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la norma garantiza que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (fundamentos 33-35).

Otros aspectos estudiados fueron la reserva de puestos de trabajo en el sector científico y en los cursos de formación profesional impartidos por el Estado y sobre los que no ejerce un monopolio, admitiéndose la legalidad de la medida ya que es respetuosa con el principio de selección del más capacitado, al influir en la decisión de selección sólo en caso de igualdad de cualificación. Además, la preferencia se establece sobre datos reales, puesto que tiene en cuenta el número de mujeres que han adquirido una formación profesional, lo cual significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia a favor de las mujeres.

Por lo que se refiere a la reserva de la mitad de los puestos para las mujeres en cursos de formación, el Tribunal parte de que una formación cualificada constituye un

[10] Se señalan cinco posibles motivos que podrían anular la preferencia: *a)* ser antiguo miembro del personal de la administración que ha cesado por razones de trabajo familiar en el sentido señalado en el artículo 10.1. HG1G o que, por la misma razón, después de haber realizado un periodo de prácticas, no pudieron solicitar una contratación definitiva en el seno de la administración; *b)* tienen preferencia las personas que hayan ejercido una actividad a tiempo parcial por motivos vinculados con el trabajo familiar y que deseen volver a ejercer una actividad a tiempo completo; *c)* los antiguos militares de empleo; *d)* las personas que sufren una discapacidad grave ya que la obligación de ascender a estas personas prima sobre la de ascender a las mujeres, y *e)* los desempleados de larga duración.

requisito para integrarse con éxito en el mercado de trabajo. Por ello, la obligación legal de compensar en este ámbito la situación desfavorable de la mujer quedaría posiblemente legitimada por la exigencia de igualdad. Por otra parte, la ley alemana instauraba una cuota de resultado fija (Ergebnisquote) en el ámbito de la función pública para acabar con una injusticia intolerable, las dificultades de acceso igualitario entre hombres y mujeres a los puestos de mayor cualificación, a pesar del mayor éxito escolar de las mujeres jóvenes.

Sin embargo, esta voluntad del legislador no se traduce en una rigidez absoluta, ya que si las candidaturas femeninas son insuficientes, las plazas libres podrán ser ocupadas por hombres. Para el Tribunal está disposición se inserta en un concepto restringido de igualdad de oportunidades puesto que no se reservan puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una cualificación con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública. Otro dato es que quedan plazas libres en el sector privado, por lo que ningún candidato masculino quedará excluido de la formación. Desde esta perspectiva, la disposición se limita a mejorar las oportunidades de las mujeres en el sector público eliminando las causas que originan que esas oportunidades sean menores por medio de intervenciones relativas a la formación y orientación profesionales. Por consiguiente, se trata de medidas destinadas a mejorar la capacidad de competir de las mujeres en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (fundamentos 45-54).

En cuanto a la convocatoria de mujeres cualificadas a entrevistas de trabajo en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, de nuevo el Tribunal rechazó las alegaciones de los demandantes a partir de la finalidad de la norma. Se trata de una medida que pretende asegurar que las mujeres cualificadas sean convocadas, con lo que se ofrecen posibilidades adicionales a las mujeres preparadas que facilitan su acceso al mercado laboral sin suponer por ello una discriminación por razón de sexo. Por otra parte, la norma obliga a que se efectúe un examen preliminar de las candidaturas y que sólo se convoque a los candidatos cualificados que reúnan todos los requisitos exigidos o previstos (fundamentos 56-63).

En último lugar, el Tribunal examinó la reserva de la norma alemana de que en los órganos de representación de los trabajadores y en los órganos de gestión y control al menos la mitad de los miembros deben ser mujeres. También en esta ocasión se

admitió la validez del precepto al no tener carácter vinculante, ya que la composición de los órganos colegiados viene determinada a menudo por disposiciones legales, y, además, la plena consecución de la participación de las mujeres en igualdad exigiría, en todo caso, una modificación de las leyes correspondientes (fundamentos 64-67).

Sentencia Abrahamsson, de 6 de julio de 2000, asunto c-407/98

En el caso Abrahamsson, se analizaron las cuestiones prejudiciales interpuestas por un tribunal sueco ante las dudas que se suscitan por la demanda interpuesta por el señor Anderson y la señora Abrahamsson contra la decisión de la Universidad de Goteborg de nombrar a la señora Fogelqvist para cubrir una plaza de profesor de ciencias de la hidrosfera, en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento 1995:936 relativo a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación con vistas a favorecer la igualdad. En concreto, el artículo 3º de dicha norma establece que:

> Al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes […] se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado (discriminación positiva), si ello fuese necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado. No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación.

Según el rector de esa universidad, aunque había diferencia de méritos a favor del señor Anderson, no era tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos. El tribunal sueco entendió que, en el plano científico, ambos demandantes eran superiores a la candidata nombrada por la universidad y que se deducía que el señor Anderson era el más competente. Según el órgano jurisdiccional sueco, la exigencia de objetividad implica que no puede aplicarse una medida de discriminación positiva cuando, de manera manifiesta, pueda mermar la eficacia con la que se ejercen las funciones en caso de que no sea seleccionado en candidato más capacitado. Sin embargo, el Tribunal consideró que en este caso no se apreciaba claramente una vulneración de la exigencia de objetividad en caso de nombrar a la señora Fogelqvist.

En esa ocasión, el TJUE rechazó la norma sueca al entender que concede preferencias automáticas a los candidatos del sexo infrarrepresentado, a pesar de que dicha preferencia se encuentre condicionada a que los candidatos seleccionados estén suficientemente capacitados, puesto que no se proporcionaban criterios para apreciar, de una manera clara y precisa, la capacitación de los candidatos ni se preveía un examen objetivo de las candidaturas que tuvieran en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos. Así, el Tribunal hizo referencia a la doctrina de la sentencia Badeck, para afirmar que la apreciación de los méritos debe hacerse conforme a criterios totalmente transparentes con el objetivo de evitar, por una parte, que puedan favorecer a los miembros de determinado sexo y, por otra, que se comentan arbitrariedades. Otro elemento que tuvo en cuenta el Tribunal fue que la normativa hablaba de capacitación suficiente y no igual, lo que posibilita que se seleccione a un candidato con méritos suficientes pero inferiores al candidato rechazado por su pertenencia al sexo infrarrepresentado (fundamentos 50-51).

Por lo tanto, el derecho comunitario se opone a una normativa según la cual un candidato a un empleo público perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, deba ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuese necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos.

El TJUE indicó que el hecho de restringir el ámbito de aplicación de una medida de discriminación positiva a determinados puestos o niveles no puede modificar su carácter absoluto y desproporcionado, y admite una práctica judicial nacional que concede preferencias a los competidores del sexo opuesto, siempre que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos y los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes. En último lugar, el Tribunal europeo afirma que el derecho comunitario no hace depender en absoluto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que respecta al acceso al mercado de trabajo, del nivel de los puestos que se deban proveer (fundamentos 63-66).

Sentencia Lommers, de 19 de marzo de 2002, asunto c-476/99

En este supuesto se analizó una norma holandesa que establecía un sistema de subvenciones para las guarderías, en un principio reservado para las funcionarias del Ministerio de Agricultura, cuya finalidad era mejorar la situación de las mujeres con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de hecho, siempre que la aplicación de la medida fuese razonable. La excepción de su aplicación se determinaría según los casos de urgencia, que correspondía determinar al director del servicio.

El 5 de diciembre de 1995 el señor Lommers solicitó al ministerio de Agricultura reservar una plaza de guardería para su futuro hijo, lo que le fue denegado puesto que, según el criterio del director del servicio, no existía una situación de urgencia que rompiese la preferencia a favor de las mujeres. En un escrito de 22 de febrero de 1996, dirigido a la Comisión de Igualdad de Trato, el Ministerio de Agricultura indicó que la distinción por razón de sexo efectuada en la circular obedecía a la voluntad del Ministerio de paliar la situación de infrarrepresentación de las funcionarias entre su personal. A este respecto, el Ministerio de Agricultura señaló que, en fecha 31 de diciembre de 1994, de un total de 11 251 empleados, sólo 2 792 eran mujeres y que, además, éstas estaban poco representadas en las escalas superiores. En un dictamen emitido el 25 de junio de 1996, la Comisión consideró que el Ministerio de Agricultura no había infringido los artículos 1° apartado 1, y 5 de la WGB, al considerar que era notorio que las mujeres renuncian más a menudo que los hombres a ejercer, o seguir ejerciendo, una profesión por razones relacionadas con el cuiado de sus hijos, y que podía considerarse razonablemente que la insuficiencia manifiesta de guarderías tenía una importancia determinante en la renuncia de las mujeres a su empleo.

Por todo ello, la Comisión estimó que la norma estaba justificada, puesto que perseguía paliar la situación de desigualdad de hecho del personal femenino y que, a su vez, era proporcionada respecto a dicha finalidad, aunque sí señaló alguna carencia de la norma. Así, la circular cuestionada debía señalar como caso de urgencia el que un funcionario educase solo a sus hijos para optar a las plazas de guardería igual que las funcionarias. Además, se consideró que sería necesario realizar evaluaciones regularmente con el objeto de comprobar que la medida seguía siendo adecuada con la finalidad prevista.

En su fallo, el TJUE partía de que el objetivo de la medida es facilitar el ejercicio de la actividad profesional, en un contexto caracterizado por una oferta insuficiente de plazas de guardería, eliminando o reduciendo las desigualdades de hecho que la atención de los hijos produce en las trabajadoras. La cuestión es determinar si la diferencia de trato basada en el sexo es o no discriminatoria. En este caso, el Tribunal se inclina por la admisibilidad de la medida puesto que su finalidad es mejorar la capacidad de competir de las mujeres y desarrollar una carrera profesional en igualdad con los hombres, acabando con los posibles obstáculos en la vida social. En este caso concreto, además, se tiene en cuenta la situación de infrarrepresentación de las mujeres, tanto por lo que respecta a su número como a su presencia en los puestos de grado superior en el Ministerio de Agricultura, considerando, como una posible causa la insuficiencia de plazas de guarderías, lo que puede inducir a las trabajadoras a renunciar a su empleo (fundamentos 36-37).

Por otra parte, esta medida se debe insertar en un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuidad y el progreso en su carrera profesional (fundamento 38). Por ello, la medida es proporcional con el objetivo perseguido. Además se tienen en cuenta otras circunstancias, como que no se asegura que todas las funcionarias puedan obtener una plaza dado su número limitado –este dato se ve corroborado por las listas de espera–, que hay una oferta de plazas de guardería fuera del Ministerio, y que no se excluye totalmente a los funcionarios masculinos en caso de urgencia. Al respecto señala la necesidad de garantizar que los funcionarios que eduquen solos a sus hijos deben de ser tratados de igual manera que las funcionarias para no vulnerar el derecho comunitario (fundamentos 43-47).

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA

De los fallos del TJUE expuestos son dos los aspectos más relevantes: *a)* la aplicación de la noción de *igualdad* en el contexto de la acción positiva, y *b)* el concepto de acción positiva y los requisitos que tiene que cumplir para su correcta aplicación en el derecho comunitario.

El principio de igualdad y su relación con la acción positiva

La noción de *igualdad* usada por el Tribunal es la igualdad de trato consagrada en el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, que prohíbe las diferencias por razón de sexo. Ello significa que el sexo no puede considerarse, en un principio, como factor legítimo de diferenciación. A su vez, la igualdad de trato conlleva la igualdad en los puntos de partida, esto es, garantizar la igualdad de oportunidades al competir por los bienes, pero sin asegurar resultado alguno. Este principio se expresa en la prohibición de discriminaciones directas e indirectas.

Pero, como en todo principio, existen excepciones. El artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, al que se remite el artículo 3º de la directiva 54/2006, permite, en pos de lograr la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el establecimiento de medidas que ofrezcan ventajas concretas para facilitar al sexo infrarrepresentado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Con ello, se admiten medidas de igualdad de oportunidades cuya finalidad sea corregir las desigualdades de hecho que afectan las oportunidades de las mujeres. Esta excepción se basa en el principio de igualdad sustancial, que defiende la eliminación de las desigualdades de hecho que impiden el logro de una verdadera igualdad de oportunidades entre los sexos en el mercado de trabajo.

Pues bien, en las sentencias del Tribunal se puede apreciar una evolución en el análisis de la acción positiva como una excepción al principio de igualdad de trato consagrado en el derecho comunitario. En el caso Kalanke se realizó una interpretación muy estricta de este principio, ya que sólo se consideró la faceta formal de la igualdad. Ello significa que nunca pueden admitirse tratos preferenciales porque hacen diferencias a partir del sexo, que es un factor prohibido. Por ello, el Tribunal entendió que la reserva de puestos de trabajo a favor de las mujeres no constituía una excepción legítima al principio de igualdad de trato, ya que instauraba preferencias absolutas e incondicionales. El Tribunal basó su decisión en que estas medidas pretendían el logro de una igualdad de resultados más que la realización de la igualdad de trato y que por ello no tenían cabida en el derecho comunitario.

A partir del caso Marschall la perspectiva del Tribunal cambia. En esa ocasión se tuvo en cuenta la situación de discriminación social que afecta al colectivo femeni-

no. Esta noción implica que no es suficiente la igualdad de trato para garantizar la igualdad de oportunidades para dos candidatos de distinto sexo que tengan la misma cualificación porque hay prejuicios en la sociedad en torno al papel de la mujer y del trabajo femenino que pueden impedirles una adecuada progresión en su carrera profesional.

Esta idea, que se mantiene en los pronunciamientos posteriores, tiene su origen en el principio de igualdad sustancial, que defiende la eliminación de todas las desigualdades de hecho acarreadas por las relaciones sociales, incluidas aquellas originadas por la mera adscripción a un determinado grupo, ya sea por factores naturales o sociales. Como consecuencia, hay que tener en cuenta que, por una parte, no pueden exigirse actos discriminatorios concretos e individualizables puesto que los efectos de esta discriminación social se muestran de manera automática, por la mera pertenencia a un grupo socialmente discriminado. Para probar que existe esta discriminación, la infrarrepresentación se convierte en la prueba principal. Por otra parte, se trata de lograr una igualdad de oportunidades real y no meramente formal; para ello, es necesario establecer una distribución desigual de los puestos de trabajo, para corregir los resultados desiguales causados por la discriminación social.

Por lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar una evolución de la doctrina del Tribunal sobre el concepto de igualdad en relación con la acción positiva: se ha pasado de una visión puramente formal del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo a dar cabida a los principios de la igualdad sustancial y la eliminación de cualquier desigualdad, formal o material. Ello ha permitido introducir en el análisis de la acción positiva uno de los principales factores legitimadores: la existencia de discriminación social –demostrada por medio de la infrarrepresentación– y la necesidad de combatirla para asegurar que las mujeres gozan de una verdadera igual, no sólo formal.

Para el derecho comunitario las preferencias a favor los grupos que sufren los efectos de la discriminación social son una excepción legítima al principio de igualdad de trato, ya que pretenden la realización de los postulados del principio de la igualdad sustancial.

Los requisitos de las medidas de acción positiva

En las sentencias del TJUE no se encuentra una definición expresa de acción positiva. El Tribunal se limita a analizar las normas impugnadas, y al hilo de ellas, establece los requisitos que deben cumplirse para su admisión en el derecho comunitario. Con todo, se puede afirmar que por acción positiva el Tribunal entiende tratamientos preferenciales que consisten en una reserva de puestos de trabajo.

En cuanto a los requisitos de la doctrina jurisprudencial, se deducen los siguientes: *a)* la acción positiva no debe constituir una preferencia absoluta e incondicional, para lo cual debe existir una cláusula de apertura; *b)* la persona beneficiada debe pertenecer a un colectivo infrarrepresentado, requisito que se encuentra recogido en el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, y *c)* la persona beneficiada debe estar cualificada para desempeñar las funciones del puesto de trabajo, esto es, se debe respetar el principio del mérito.

De todos ellos, el que más relevancia tiene es la exigencia de una cláusula de apertura. Este requisito se formuló en la sentencia Marschall, y su importancia radica en que ha servido para legitimar la adopción de medidas de acción positiva en el ordenamiento comunitario. La acción positiva no da lugar a una preferencia absoluta e incondicional si al aplicarla hay una cláusula de apertura que permita considerar las circunstancias particulares de cada caso y, excepcionalmente, denegar la preferencia a la mujer. Eso remarca, como se señaló en la sentencia Badeck, la obligatoriedad de que en la acción positiva siempre se respete la cláusula de apertura. Este requisito es el correctivo que el derecho exige para la admisibilidad de estas medidas exigidas por la sociedad, lo que significa que, una vez aplicada la cláusula de apertura y si no concurren circunstancias personales en el candidato masculino, automáticamente el puesto de trabajo o la promoción será para la mujer.

El Tribunal no se pronuncia acerca del contenido de esta cláusula, aunque de su doctrina se pueden deducir dos condiciones previas para su correcta aplicación: *a)* las candidaturas deben ser objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a los candidatos de ambos sexos, y *b)* tales criterios no deben perjudicar a las candidatas femeninas, esto es, no deben ser criterios discriminatorios. Así las cosas, cumplidas las condiciones de apreciación objetiva de méritos y no discriminación, si en el momento de la contratación o de la promoción se

comprueba la existencia de alguna circunstancia determinante para otorgar el puesto al hombre, entonces éste deberá ser contratado o promovido en lugar de la mujer.

El problema, por lo tanto, es determinar qué criterios hay que tener en cuenta para anular la preferencia. Se puede encontrar una pauta en la referencia a motivos de rango superior que se realiza en la sentencia Badeck. Es cierto que en este fallo parece exigirse que para aplicar la preferencia, además de la cláusula de apertura, no debe haber motivos de rango superior que anulen dicha preferencia. Dado que el Tribunal no da pauta sobre dichos motivos y considerando la confusa redacción del fallo, podría realizarse una interpretación integradora de ambos conceptos. En este sentido, si se tiene en cuenta el contenido que el legislador alemán da a los motivos jurídicos de rango superior –los principios del Estado social y la protección constitucional del matrimonio y de la familia– podría entenderse que implícitamente el contenido de la cláusula de apertura quedaría integrado por esos motivos de rango superior, teniendo en cuenta además que éstos hacen referencia, a modo de ejemplo, a desempleados de larga duración. Ello supondría una gran indeterminación en cuanto al contenido de la cláusula de apertura, puesto que su contenido variará de acuerdo con los principios constitucionales de cada Estado. No obstante, es de suponer que su contenido estará unido al ejercicio de derechos fundamentales o principios del Estado social que merezcan una protección igual a la de los principios que integran estas medidas. Al menos con ello se evitaría que, al aplicar la cláusula al caso concreto, y ante el silencio del Tribunal, se diesen entrada a criterios discriminatorios de naturaleza subjetiva, cuya justificación sería más fácil por la cercanía que se tiene a la situación personal de cada candidato.

En relación con este aspecto, el caso Lommers sigue esta vía al considerar la atención a los hijos pequeños como un factor legítimo que rompe la automaticidad de la medida a favor de las mujeres y que tiene en consideración factores personales que defiende un Estado social de derecho.

En cuanto al segundo requisito, que el grupo beneficiado se encuentre infrarrepresentado, se trata de combatir los efectos de la discriminación social y no de lograr una igualdad numérica. Por ello, no será suficiente con una menor presencia de un colectivo sino que esa menor presencia sea consecuencia de conductas discriminatorias. En relación con este requisito, uno de los elementos positivos de la sentencia Badeck es la forma de la acción positiva, puesto que la reserva de puestos de trabajo se fija a partir

las características del ámbito de aplicación de la acción positiva que depende del grado de infrarrepresentación. Por lo tanto, el porcentaje de puestos de trabajo que hay que reservar para acabar con esa situación estará determinado por las circunstancias específicas de cada sector o ámbito.

En tercer y último lugar, se exige que los candidatos tengan méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes. Esto significa que las medidas de acción positiva deben respetar el principio del mérito para lo cual la provisión de puestos no deberá vulnerar el principio de objetividad. Por consiguiente, no basta que la candidata tenga una capacitación suficiente para desempeñar las funciones del puesto de trabajo sino que sus méritos han de ser equivalentes o sensiblemente equivalentes a los de otros candidatos que concurran al mismo puesto de trabajo. Si esto es así, para lo cual es necesario establecer criterios claros, precisos y objetivos para valorar los méritos de cada candidato, el puesto de trabajo o la promoción habrá de ser para la mujer.

Todos estos requisitos se refieren a la aplicación de la acción positiva en el momento de la contratación o promoción. La situación cambia, como ha señalado el Tribunal en la Sentencia Badeck, si la reserva se aplica para cursos de formación. En este caso no se garantiza un resultado sino que se trata de eliminar las causas que limitan el acceso de la mujer al mercado de trabajo a través de la orientación y formación profesional. Los límites impuestos por el Tribunal son que los cursos no sean monopolio del Estado y que se permita inscribirse a los hombres en el caso de que queden plazas vacantes. Para finalizar, el Tribunal tampoco considera que se viole el principio de igualdad de trato en caso de que se establezcan mecanismos cuya finalidad sea asegurar que las mujeres son convocadas a las entrevistas de trabajo. Como en el caso anterior, no se garantiza un resultado ni se impide que los hombres se presenten a dichas convocatorias. Por otra parte, sólo podrán ser convocadas las candidatas cualificadas.

BREVE REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL

En cuanto al derecho español, la norma de referencia es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. En el artículo 11 reconoce el derecho a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones de desigualdad de hecho respecto de los hombres, cuya duración

está vinculada a la persistencia de dichas situaciones, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas con el objetivo previsto. Más específicamente, el artículo 14.6, dentro de los criterios generales de actuación de los poderes públicos, incide en las dificultades de las mujeres pertenecientes a colectivos de especial vulnerabilidad, para las cuales habrá que adoptar medidas de acción positiva. Por lo que se refiere a las actividades de formación, el artículo 60 otorga preferencia a asistir a cursos a las personas que se reincorporen al mercado laboral tras disfrutar permisos de maternidad o paternidad o de excedencia. En el caso de la administración pública, esta previsión se manifiesta en una reserva de 40% de las plazas. Por último, también se prevé la adopción de medias de acción positiva por parte de la negociación colectiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres (artículo 43).

Por lo que se refiere al Estatuto de los Trabajadores, el artículo 17.4 prevé estos mecanismos para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, mediante la reservas y preferencias en las condiciones de contratación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. Asimismo, se reconoce la posibilidad de establecer este tipo de medidas en la clasificación profesional, promoción y formación en idénticos términos.

De todo lo expuesto se deduce que la noción de acción positiva es más restrictiva en el derecho comunitario que en el español. En este sentido, la normativa comunitaria renuncia a una definición de acción positiva a favor de la más tradicional de medida de igualdad de oportunidades, configurándolas como una excepción al derecho individual a la igualdad de trato aunque, eso sí, basando su justificación en la noción de infrarrepresentación. En cambio, el derecho español ha dado un paso más al identificar las medidas de acción positiva con tratamientos preferenciales en el empleo en su afección de reserva de puestos de trabajo para el colectivo femenino, siempre y cuando sean medidas encaminadas a acabar con la persistencia de situaciones de desigualdad de hecho, superen el juicio de razonabilidad y proporcionalidad y cumplan con los mandatos del derecho comunitario.

LAS MEDIDAS A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN ESPAÑA: ¿ACCIONES POSITIVAS O MEDIDAS DE IGUALACIÓN POSITIVA?

David Giménez Glück[1]

LA IGUALDAD MATERIAL COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL

El artículo 1.1 de la Constitución española, al proclamar el Estado social y democrático de derecho, presupone como objetivo principal de la acción de los poderes públicos la igualdad material. Esto se concreta de manera más precisa en el artículo 9.2, donde se establece expresamente que los poderes públicos deberán remover los obstáculos que impiden la consecución de la igualdad material de las personas y de los colectivos en los que se integran. Este deber de remoción de la desigualdad material implica incluso la posibilidad de que determinadas acciones públicas conlleven un trato formalmente desigual a favor de los desfavorecidos. Esto no significa otra cosa que aplicar la máxima de la igualdad que ya expuso Aristóteles: tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales.[2]

Este trato formalmente desigual que tiene como finalidad favorecer la igualdad material se aplica no sólo a personas, también se aplica al reparto de riqueza entre los distintos territorios que componen España, a través de la redistribución en beneficio de las comunidades autónomas menos desarrolladas. También es aplicable, por supuesto, a determinados colectivos que padecen una situación de discriminación social, esto es, las categorías de personas que por algún rasgo que las diferencia tienen una participación

[1] Profesor de derecho constitucional, Universidad Carlos III.

[2] "Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales". Aristóteles, *Política*, Madrid, Espasa-Calpe, libro II, 1280a.

menor en los bienes materiales y no materiales de la sociedad, es decir, el reparto de la riqueza, del empleo, de las oportunidades, del poder, de la representación política, de la dirección en las empresas, de su posibilidad de hacerse oír en la sociedad, etcétera.

Para corregir esta situación, el Estado social está obligado a actuar. Y lo ha de hacer a través de la legislación y de políticas activas que favorezcan a estos colectivos. Estas acciones, cuando se traducen en normas, vienen sometidas a la Constitución, que en el artículo 14 establece el principio de igualdad formal, por el que se establece que todas las personas españolas somos iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión, nacimiento o cualquier otra condición personal o social. Si la norma en cuestión, con la finalidad de favorecer la consecución de la igualdad material, trata de manera más favorable a determinados colectivos histórica y socialmente marginados, en algunas circunstancias, esa actuación puede sobrepasar los límites de este precepto, pero, por regla general, será constitucional, en virtud de lo señalado por el artículo 9.2, antes mencionado. Si la norma que se aplica, sin embargo, perjudica los intereses de estos colectivos, será, con casi toda seguridad, inconstitucional.

Las personas con discapacidad y las personas adultas mayores son dos de estos colectivos que tienen una especial dificultad en el acceso al reparto de los bienes sociales y, por tanto, los poderes públicos pueden y deben actuar en su favor. En este ensayo se intentará encuadrar la naturaleza jurídica de este tipo de acciones, y, sobre todo, dónde se sitúan sus límites desde un punto de vista constitucional.

CONCEPTO DE *ACCIÓN POSITIVA*

Las actuaciones de los poderes públicos que favorecen la igualdad material tienen dos maneras de desplegar sus efectos: centrando su objetivo en las personas individualmente consideradas o en los colectivos. Esta distinción es muy relevante desde un punto de vista jurídico-constitucional. Cuando se centran en colectivos las denominamos acciones positivas. Cuando lo hacen en las personas individualmente consideradas serían medidas de igualación positiva.[3]

[3] El concepto de *medida de igualación positiva* se describe de manera más detallada en David Giménez Glück, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 58-61.

La acción positiva, por tanto, es una medida que beneficia a un colectivo determinado con el objetivo de que alcance la igualdad material. La comparación que se realiza es entre colectivos, no entre individuos, y lo que se pretende es la igualdad material del colectivo en sí, no directamente –aunque sí indirectamente, por supuesto– de las personas que lo integran. Por tanto, la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad material se manifiesta desde un punto de vista grupal. Además, tiene como finalidad compensar la desigualdad material que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo. Por último, el rasgo que determina la diferenciación es la característica que los cohesiona como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros (el sexo, o género, la raza), característica que se recoge explícitamente en el artículo 14 de la Constitución como rasgo especialmente sospechoso cuya utilización en las leyes inclina a presumir la inconstitucionalidad de éstas.

Que el objetivo de la medida sea grupal da lugar a que sea posible aplicar, en determinados casos concretos, el beneficio que supone una acción positiva a una mujer o a un miembro de una minoría étnica con una elevada posición social en detrimento de un hombre blanco con menos oportunidades sociales. Pese a que en ese caso individual se podría presumir que la mujer o el no blanco no están en una posición de desigualdad material respecto del hombre, la acción positiva se aplica de igual forma puesto que su objetivo no es la igualdad material de esa persona en concreto sino la igualdad material del colectivo mujeres o, por ejemplo, de la minoría negra, que sí está en una posición de desigualdad material respecto del colectivo hombres blancos.

La desigualdad material que se trata de remover, por tanto, es colectiva, no individual. Ello, en el derecho constitucional español, basado en que son los individuos, y no los grupos, los sujetos de derechos, [4] conduce a la necesidad de oponer determinados límites constitucionales a las acciones positivas. Estos límites consisten básí-

[4] En realidad, todos los ordenamientos constitucionales basan la titularidad de los derechos fundamentales en el individuo. Quizás una excepción sería Canadá, a raíz del reconocimiento de los derechos lingüísticos. Véase Gordon Scott Campbell, "Language, Equality and the Charter: Collective Versus Individual Rights in Canada and Beyond", *National Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 1993-1994, pp. 29-73.

camente en tener que respetar la proporcionalidad en el daño producido al hombre blanco perjudicado por la medida. Es decir, para que una acción positiva sea constitucional la relación entre la finalidad de la medida –alcanzar la igualdad material del colectivo mujeres o minoría étnica– ha de ser proporcionada al daño que produce en el hombre blanco perjudicado. La finalidad expuesta aparece expresamente como una finalidad constitucionalmente deseable en el artículo 9.2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo *y de los grupos en que se integra* sean reales y efectivas". Pese a ello, en algunos casos, dicha finalidad no justifica la limitación de derechos e intereses legítimos de terceros ajenos al colectivo beneficiado. Estos supuestos de acción positiva se encuadran en el seno de una específica especie de las acciones positivas: las medidas de discriminación inversa. No todas las medidas de discriminación inversa vulneran los parámetros de constitucionalidad del artículo 14, pero sólo en esta categoría se encuentran las que lo hacen.

Las medidas de discriminación inversa son las acciones positivas que se traducen en cuotas reservadas a los colectivos en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, contratos con la administración, listas electorales, plazas universitarias, etc.). Su carácter diferenciador estriba en que provocan un daño mayor en los miembros de grupos no beneficiados por la diferencia de trato que el resto de acciones positivas, puesto que no se trata de no obtener determinadas ventajas reservadas a los colectivos objeto del plan, sino de perder derechos y bienes sociales que les hubieran correspondido si no se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo –el sexo, la raza, etc.– de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan. La afectación sobre los derechos e intereses jurídicos de los perjudicados formalmente por la medida es directa, al incidir ésta sobre un proceso competitivo de selección.

En lo que respecta a su estructura, se suele distinguir entre objetivos y cuotas. El objetivo sería fijarse unas metas flexibles, no numéricas, en la aplicación de la discriminación inversa. La cuota sería fijar un porcentaje determinado. Lo cierto, sin embargo, es que la discriminación inversa se hace siempre en cuotas: los objetivos, para ser efectivos, se han de concretar en porcentajes. Estas medidas tienen siempre un objetivo principal: que los miembros de los colectivos protegidos dejen de estar suprarrepresentados. Para poder considerar que ya no lo están se habrá de realizar un estudio y, posteriormente, se habrá de marcar, aunque no se haga de forma explí-

cita, un porcentaje –por ejemplo, que en el plazo de ocho años las mujeres alcancen la paridad en los consejos de administración de las empresas privadas–,[5] por debajo del cual se entiende que el objetivo no se está cumpliendo. Que este porcentaje numérico se exprese explícita o implícitamente no ha de llevar a concluir que en el primer caso estemos ante una cuota y en el segundo no. Cualquier planteamiento de un objetivo, por muy vago que parezca en principio, conduce irremediablemente a su concreción en una cuota.

Lo que realmente supondrá una distinción constitucionalmente relevante es la rigidez con la que se trate de conseguirla. La cuota flexible será la cuota constitucionalmente admisible por ser lo suficientemente proporcional y la rígida será la que no supera el test de constitucionalidad por su desproporcionalidad.

Por tanto, existen medidas de discriminación inversa –cuotas– que, por su flexibilidad, superan el juicio de proporcionalidad de la diferencia de trato. Las características de estas cuotas flexibles son tres.

En primer lugar, no debe haber una excesiva diferencia entre la cualificación de los pertenecientes a los grupos desaventajados que acceden al bien escaso y los mejor cualificados no pertenecientes al grupo que se quedan fuera en virtud de la cuota que se reserva a los primeros. Así, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el caso Marschall,[6] se discutía la adecuación al derecho comunitario, concretamente a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la Aplicación del Principio de Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en lo que se Refiere al Acceso al Empleo, a la Formación y a la Promoción Profesionales, y a las Condiciones de Trabajo, de un proceso de selección en el que, a igualdad de méritos entre un hombre y una mujer, se había escogido a la mujer por tratarse de un sector donde este colectivo estaba infrarrepresentado. El Tribunal, al convalidar la adecuación al derecho comunitario de esta medida, incide especialmente en el hecho de que se trata de elegir entre dos aspirantes con igualdad de

[5] Este precepto legislativo está recogido en el artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.

[6] C 409/95.

méritos, y que, incluso en ese caso, no debe existir una preferencia absoluta por las mujeres, excluyendo toda posibilidad de ponderar otras circunstancias concurrentes.

Además, se ha de demostrar que los miembros del grupo permanecen sometidos a una probada discriminación en el sector en que se aplica la cuota, lo que justifica suficientemente su adopción. Este parámetro se utiliza sobre todo con respecto a las acciones positivas en el empleo. El cálculo de esta discriminación social se debería realizar no sólo con respecto al mercado de trabajo en general, sino con respecto al sector laboral en particular donde se va aplicar la cuota.

En tercer lugar, los objetivos porcentuales que se establecen son flexibles y ajustados a las reales expectativas de no discriminación del colectivo beneficiado en el sector concreto en que se aplican, estableciéndose plazos suficientemente laxos para alcanzar las cuotas. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, en el artículo 45, establece el mandato de que las empresas de más de doscientos trabajadores deben establecer planes de igualdad con unos objetivos concretos, pero no fija ningún plazo perentorio para la consecución de los objetivos.

Por último, el daño producido a terceros no debe ser excesivamente gravoso. Por ello, no entran en esta categoría las medidas de discriminación inversa que suponen despidos. De hecho, la mayoría de los planes de discriminación inversa son flexibles: aplican determinados correctivos con el fin de que no exista un daño excesivo a los derechos de la víctima de los planes y, en consecuencia, se garantice la proporcionalidad. Las llamadas cuotas flexibles consideran el rasgo como un factor relevante más entre otros en el proceso de selección, en lugar del único factor a tener en cuenta. Se establece una cuota, pero su consecución no supone superar los límites expuestos. Se consideran constitucionales.

En contraposición, las cuotas rígidas, sin tener prácticamente en cuenta otros factores, establecen la obligatoriedad de cubrir con miembros del colectivo desfavorecido un determinado porcentaje del bien social –generalmente, el empleo–, sin cumplirse los límites antes expuestos. Desde el punto de vista constitucional, este tipo de cuotas no supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que se establece entre la bondad de la finalidad –alcanzar la igualdad material del colectivo mujeres o minorías étnicas– y el perjuicio directo causado a los intereses legítimos y derechos

subjetivos de los no beneficiados por la medida. En conclusión, determinadas acciones positivas, las cuotas rígidas, son inconstitucionales.[7]

Además de que algunas incurren en inconstitucionalidad, otra característica de las acciones positivas es su *temporalidad*. Cuando el colectivo de mujeres alcance la igualdad material en la sociedad, las acciones positivas se harán innecesarias e incluso inconstitucionales por suponer una diferenciación en virtud de un rasgo especialmente sospechoso de los del artículo 14, como es el género. La Constitución, junto con la corrección de la desigualdad de los colectivos histórica y socialmente desfavorecidos, manifiesta en la segunda parte del artículo 14 su deseo de que los rasgos que enumera de forma neutra (y, por tanto, bidireccional): *a)* sean utilizados en el presente de forma cuidadosa, sea cual sea la dirección en la que se encamine el beneficio, y *b)* que no quepan en clasificación legislativa alguna cuando, en un futuro, los colectivos marginados alcancen completamente la igualdad material. Por tanto, se trata de medidas intrínsecamente temporales.

El término *acción positiva* se aplica a muchos aspectos diferentes, y se utiliza para describir las acciones que favorecen a distintos colectivos. Pero una cosa es la utilización de un término y otra muy distinta es que en las diversas situaciones en que se utilice, el término signifique la misma cosa. Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas mayores, sobre todo en el primer caso, se conocen bajo el término de *acciones positivas*. Si asumimos el concepto de acción positiva que se acaba de describir, esta preconcepción es bastante discutible.

MEDIDAS A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ¿MEDIDAS DE IGUALACIÓN POSITIVA O ACCIONES POSITIVAS?

La normativa internacional, europea y nacional que protege a las personas con discapacidad es muy variada. En el ámbito internacional, el 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre los

[7] Como señala el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia Gratz *vs* Bollinger (2003), un ejemplo de sistema inconstitucional es el de selección de la Universidad de Michigan, que concede veinte puntos a los miembros de minorías de manera mecánica, sin atender a otras consideraciones.

Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento mediante el cual se propone promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y por igual del conjunto de los derechos humanos por las personas con discapacidad, así como cubrir ámbitos fundamentales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y rehabilitación, la participación en la vida política, y la igualdad y la no discriminación. La importancia de esta Convención, en lo que aquí respecta, radica en que, por primera vez, se establece a nivel internacional una serie de derechos que las personas con discapacidad han de disfrutar a través de la aplicación legislativa de los Estados. España ratificó la Convención a principios de diciembre de 2007.

En el ámbito comunitario, el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea en la redacción del Tratado de Ámsterdam señala: "el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Este mandato se ha desarrollado en la directiva 2000/78/CE, del Consejo, que establece varias medidas contra la discriminación basada en la religión, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, en el ámbito del empleo y la ocupación.

En la esfera nacional, la normativa a favor de las personas con discapacidad se ha sistematizado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad. Esta ley abarca todos los aspectos del derecho antidiscriminatorio de las personas con discapacidad: determinación de los sujetos titulares de la ley, discriminación directa, discriminación indirecta, acoso en el trabajo, y, en lo que aquí más interesa, delimitación de las acciones positivas. Al respecto, el artículo 8.1 de esta ley define las acciones positivas de la siguiente manera:

> Aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

Como señala Hernández Vitoria, la ley distingue, dentro de la acción positiva, entre medidas ordinarias y medidas reforzadas o suplementarias, que van dirigidas a per-

sonas cuya discapacidad es especialmente grave, o a las que añaden a la discapacidad alguna otra causa de discriminación, como ser mujer.[8]

Es un lugar común, por tanto, hablar de acciones positivas cuando hacemos referencia a las medidas que favorecen a las personas con discapacidad. Sin embargo, un estudio constitucional detallado de las características de estas medidas indica que esta conclusión es algo apresurada. En realidad, las acciones a favor de las personas con discapacidad se dividen entre las acciones positivas y otro tipo de acciones que no comparten las características de éstas, a las que vamos a denominar *medidas de igualación positiva*.

La clave de esta distinción se sitúa en la finalidad. Hay algunas medidas a favor de las personas con discapacidad que tienen como finalidad la lucha por la igualdad material del colectivo, con independencia de las características individuales específicas de sus miembros. Son las auténticas acciones positivas, con la misma estructura que las que favorecen a las mujeres. Pongamos un ejemplo. Una persona con una discapacidad física compite por una plaza de director de instituto con un no discapacitado. La persona con discapacidad puede desempeñar el empleo a 100% de productividad. Tiene las mismas oportunidades para alcanzar el mérito exigido que sus oponentes. ¿Una acción positiva consistente en otorgarle a esta persona el puesto por encima de los mayores méritos profesionales del rival se basaría en la falta de oportunidades individual de esta persona o en la discriminación social contra el colectivo? Yo creo que en este caso la persona con discapacidad tendría más dificultades en acceder al empleo por su pertenencia al colectivo de personas discapacitadas, que está estigmatizado. Sufren el mismo estigma que los negros o las mujeres en un mundo dominado por el hombre blanco no discapacitado. Es diferente y, en este sentido, rechazable. Según el patrón establecido, no encaja. En estos casos concretos, no se compensaría una desigualdad material individual, puesto que la incapacidad no supone una desventaja natural para luchar por ese bien social. Se

[8] María José Hernández Vitoria, "Una lectura de la ley 51/03 desde las aportaciones del ordenamiento comunitario en materia de derechos fundamentales y del principio de no discriminación", en Juan Carlos Iturri Gárate (coord.), *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 47.

compensaría la pertenencia a un colectivo estigmatizado porque se le rechaza por pertenecer a dicho colectivo. Estamos ante acciones positivas.

Sin embargo, otras medidas parten de una desigualdad material objetivada de manera individual de las personas con discapacidad para luchar por los bienes sociales, beneficiando a éstas con la finalidad de que puedan alcanzar la igualdad material de cada uno de ellas individualmente consideradas. Por lo tanto, la medida distingue entre ciudadanos individuales, cuya desigualdad material se manifiesta de manera individual, al contrario que las acciones positivas, que distinguen entre colectivos, como se ha visto.

Cuando nos encontramos ante medidas a favor de personas con discapacidad con estas características, no será posible la paradoja de beneficiar a unas personas con discapacidad que no se sitúan desde un punto de vista individual en posición de desigualdad material respecto a un no discapacitado, como sí ocurre con las acciones positivas. El rasgo que se utiliza para otorgar el beneficio –la discapacidad como factor que influye en la percepción de la eficiencia y eficacia para ejercer funciones sociales, sobre todo el empleo– es, en estos casos, un signo objetivo, indubitado e intemporal de desventaja en la lucha por conseguir dicho bien social. Aquí no entra en funcionamiento el mecanismo de las acciones positivas, basado en la igualdad material de los colectivos. La discapacidad como factor de desigualdad de oportunidades no se manifiesta por la pertenencia a un grupo sino por la creencia –que tiene su base en una forma productivista de concebir la realidad social que va a ser muy difícil de cambiar– de que para alcanzar determinados bienes sociales, por ejemplo, ejercer determinados empleos, se necesita estar en plenitud de facultades físicas o psíquicas. Su problema, por tanto, no es la pertenencia a un colectivo estigmatizado socialmente, sino la merma de oportunidades que le produce su discapacidad individualmente considerada para alcanzar ese bien social en concreto. A este tipo de medidas las denominaremos medidas de igualación positiva.[9]

[9] Las medidas de igualación positiva se caracterizan por tener como finalidad constitucionalmente admisible compensar la desigualdad material que los beneficiados sufren desde un punto de vista individual y porque el rasgo que determina la diferenciación es un signo objetivo, indubitado e intemporal de desventaja social. El concepto de *medida de igualación positiva* surge en contraposición al de *acción positiva*, descrito antes, aunque no ha tenido el extenso tratamiento doctrinal y jurisprudencial de este último. Un desarrollo más extenso de esta categoría en: Giménez Glück, *op. cit. supra* n. 3.

La importancia de plantear la distinción entre este tipo de medidas y las acciones positivas radica en las consecuencias jurídicas que se derivan de ella. En primer lugar, es evidente que las medidas de igualación positiva son medidas prácticamente intemporales, o al menos mucho menos temporales que las acciones positivas a favor de las mujeres. Si algún día la sociedad dejara de estigmatizar al colectivo de mujeres o al colectivo de minorías étnicas, las personas pertenecientes a éstos podrían competir sin necesidad de acciones positivas. Y ello es algo que se puede alcanzar en varias generaciones. Sin embargo, prácticamente siempre habrá determinados empleos, o bienes sociales en general, a los que determinadas personas, en virtud de su propia discapacidad, no podrán aspirar en condiciones de igualdad, por lo que las medidas a favor de éstas serán siempre necesarias y constitucionales sin límite temporal alguno. La única sociedad en la que no sería necesario utilizar este tipo de medidas sería aquella en la que factores como eficacia, eficiencia o productividad en el empleo se disociaran de la capacidad física o psíquica para llevarlo a cabo, primando más, por ejemplo, la diversidad en las empresas o en la administración, como factor esencial del criterio del mérito valorado en el acceso, algo de lo que estamos mucho más lejos –si alguna vez llega– que de la sociedad donde el estigma contra las mujeres o las minorías étnicas deje de existir.

Una sociedad como aquélla sería la que incluyera en el criterio del mérito no sólo las capacidades tradicionales –fuerza física, inteligencia, formación– sino la posibilidad de formar una plantilla laboral diversa como mejor respuesta para servir a una sociedad que también lo es. Una sociedad, en definitiva, que tuviera como valor decisivo de eficiencia empresarial o administrativa tener determinado porcentaje en plantilla de personas con discapacidad, que superara los actuales esquemas productivos y decidiera apostar por una estructura laboral similar a la estructura social existente como mejor manera de dar el trato más adecuado al cliente o administrado. Lamentablemente, ésta es una vía poco explorada en nuestro país.[10] Peor aún, allí donde ha sido

[10] Como afirma Campoy Cervera, nuestra sociedad ha dejado de considerar a las personas con discapacidad como personas enfermas que debían superar sus carencias para adaptarse lo mejor posible a la sociedad, y ahora las reconoce como un colectivo en situación de desigualdad por no adaptarse a un determinado estándar, y es la sociedad la que debe adaptarse a sus necesidades. Véase Ignacio Campoy Cervera, "Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad",

explorada, como en Estados Unidos, vivimos tiempos en que la diversidad como factor de admisión en las escuelas públicas y de contratación en las empresas está en clara regresión.[11] El criterio del mérito, relacionado exclusivamente con la capacidad física o intelectual para realizar un trabajo, parece tener todavía un largo recorrido. Y mientras sea el que se utilice en el acceso al empleo, entre otros bienes sociales, determinadas personas con discapacidad tendrán una desventaja objetiva e individual, independiente de su esfuerzo personal, para conseguir dichos bienes, que por otro lado son imprescindibles para su plena integración social y para el refuerzo de su dignidad personal.

Contra esa desigualdad material actúan las medidas como las cuotas a favor de las personas con discapacidad en el empleo público, recogidas en la Disposición Adicional 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la redacción dada a la misma por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados:

> En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior a 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior a 33%, de modo que, progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente.

---

en *Los derechos de las personas con discapacidad (perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas)*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III/Dykinson, 2004, p. 10. Sin embargo, esta reflexión no ha llegado al punto de considerar que el mundo del trabajo y de la empresa se deba adaptar a las personas con discapacidad.

[11] Parents Involved in Community Schools vs Seattle School District No. 1(2007) ha sido la última sentencia del Tribunal Supremo en materia de acción positiva. En ellas, el Tribunal Supremo rechaza la constitucionalidad de medidas de acción positiva en el acceso a la escuela pública. Sin embargo, esta misma sentencia convalida la posibilidad de utilizar la raza como criterio en el acceso a las universidades, si se garantiza que la finalidad de la diversidad no se puede conseguir por otros medios menos gravosos. En todo caso, se trata de otra limitación constitucional a la acción positiva.

En virtud de esta cuota, las personas con discapacidad pueden conseguir una plaza pese a obtener una puntuación menor en la prueba de acceso que la persona no discapacitada, siempre que aprueben. Es decir, si una persona con discapacidad obtiene 5 en la oposición, y hay 1 plaza reservada a la cuota, y no hay ninguna otra persona con discapacidad que haya obtenido mejor puntuación, la plaza será para esa persona, con independencia de que no haya podido optar a ninguna de las 19 plazas restantes una persona no discapacitada con una nota de 6.5, si se da la circunstancia de que para cubrir las plazas ha habido 19 aspirantes, no discapacitados, que han obtenido mayor puntuación.

Una cuota tan rígida plantearía serios problemas de constitucionalidad si se tratara de acciones positivas. Sin embargo, la constitucionalidad de las medidas de igualación positiva a favor de las personas con discapacidad no tiene ningún límite, debido a la naturaleza individual de la desventaja social.

En este caso no se está haciendo referencia a situaciones de desigualdad material vinculadas a la pertenencia a un colectivo sino de desigualdad material en la lucha por determinados bienes sociales en función de características exclusivamente individuales. En el derecho constitucional español, donde los titulares de derechos son los individuos y no los colectivos, es más difícil justificar la constitucionalidad de las acciones positivas que tienen como base la superación de la desigualdad material grupal. Si la desigualdad material que se ha de compensar es individual todo encaja de manera mucho más adecuada en la doctrina de los derechos fundamentales. Así lo ha demostrado el Tribunal Constitucional con su muy diferente línea jurisprudencial respecto a las acciones positivas de mujeres (STC 128/87, caso Complemento de Guarderías), a las que impone límites determinados, sobre todo relacionados con la proporcionalidad de la medida, y en lo que se refiere a las medidas a favor de las personas con discapacidad, respecto a las que ha convalidado su constitucionalidad incluso en el supuesto más extremo: la cuota rígida de 3% de puestos de empleo público para personas con discapacidad (STC 269/1994, caso Cuota de Discapacitado en Administración Pública Canaria).

En efecto. No hay más que hacer un repaso de la línea emprendida por el Tribunal Constitucional en las acciones positivas a favor de las mujeres en contraste con la doctrina de la STC 269/1994 para percibir la sustancial diferencia. La STC 128/1987 convalida la constitucionalidad de una acción positiva –la concesión por el Insalud

de una subvención por guarderías a las mujeres casadas y su negación a los hombres casados–, pero lo hace con todo tipo de salvedades. Así, en el FJ8 señala que la acción positiva a favor de la mujer "sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto". La STC 28/1992 (caso Compañía Telefónica), que convalida un plus de transporte nocturno que la Compañía Telefónica concedía exclusivamente a las trabajadoras, deja muy claro que existen ciertos límites a la acción positiva a favor de la mujer. En su FJ3 señala:

> No es constitucionalmente lícito determinar el régimen jurídico de una relación laboral en atención, exclusivamente, al sexo de los trabajadores. Una cosa es tomar en cuenta el sexo de las personas como circunstancia fáctica relevante en la aplicación de las normas y otra, bien distinta, transformar la condición de hombre o mujer en una categoría jurídica, en razón de la cual se otorga o niega un derecho laboral.

En la STC 19/1989 (caso Pensión Textil) el Tribunal toma como elemento determinante en la convalidación constitucional de una medida que beneficia a la mujer el hecho de que esta medida tuviera un carácter transitorio. Así, en su FJ6:

> Por tanto, las diferencias de trato que, con carácter transitorio y residual, aún pueden derivarse de las normas sobre jubilación no se deben propiamente a la condición masculina o femenina de los posibles beneficiarios, sino a la decisión de los poderes públicos de mantener transitoriamente, y con aplicación exclusiva a los trabajadores de uno y otro sexo que estuvieron afiliados a la citada Mutualidad, las condiciones de jubilación que dentro de ella esperaban disfrutar.

Sin embargo, a la hora de abordar una cuota rígida de acceso a la función pública por personas con discapacidad, el Tribunal Constitucional adoptó una posición muy diferente. La medida que se ponía en cuestión está contenida en la orden de 17 de julio de 1989, disposición donde se desarrollan las bases del concurso-oposición para ocupar una plaza de funcionario en la Comunidad Autónoma de Canarias. Esta orden reproducía el mandato contenido al efecto en el artículo 79 de la Ley 2/1987, de la Función Pública de Canarias que establecía la obligatoriedad de reservar hasta 3% de las plazas en los concursos u oposiciones de acceso a la función pública para personas con discapacidad igual o superior a 33% hasta alcanzar una cuota de 2% en

el conjunto de los funcionarios, siempre, eso sí, que las personas con discapacidad aprobaran las pruebas. Una persona no discapacitada que no accedió a una plaza en beneficio de una persona discapacitada con menor puntuación en las pruebas recurrió en amparo al Tribunal Constitucional.

Pues bien, al contrario de lo establecido en su doctrina sobre la acción positiva a favor de las mujeres, el Alto Tribunal, en unos fundamentos jurídicos especialmente escuetos, considera perfectamente constitucional esta cuota, sin establecer límite alguno a su aplicación, ni siquiera temporal. Concretamente, señala en su FJ4:

> Precisamente porque (la discapacidad) puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas […] Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar.

Ello en cuanto al artículo 14 de la Constitución española. En lo que se refiere al artículo 23.2 en conexión con el artículo 103.3, que proclama el principio de mérito o capacidad en el acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública, el fallo es igual de favorable a la constitucionalidad de la medida. La argumentación del Tribunal Constitucional en este sentido incide en que la reserva de plazas a las personas con discapacidad no afecta al principio de mérito o capacidad porque "no restringe este derecho a los que opositan a las de turno libre [...] ni exceptúa a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes (FJ5)". Es evidente que con una reserva de plazas no se restringe totalmente el acceso a la función pública de los demás, pero el Tribunal debería haber hecho mención a que se está introduciendo un elemento de selección, la discapacidad, que nada tiene que ver con lo que se ha entendido por

mérito o capacidad en nuestra jurisprudencia constitucional hasta la fecha. Nada de ello hace.

No estoy diciendo que debería haber rechazado la constitucionalidad de la medida por no adecuarse a este derecho fundamental. Todo lo contrario. Ello hubiera sido contrario tanto al artículo 49 constitucional –que insta a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad– como al artículo 9.2 –que establece un mandato a los poderes públicos de remover los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva–. Lo que es, desde mi punto de vista, criticable de la sentencia es que se desaprovechase una ocasión inmejorable para reinterpretar el criterio del mérito o capacidad como parámetro en el acceso a la función pública. Quizás el mérito no sólo se ha de medir en aptitudes demostradas en determinadas pruebas, sino también en el esfuerzo empleado para conseguir ese resultado. Quizás en la concepción del criterio del mérito del artículo 103.3 constitucional también deberían incluirse factores como el beneficio que supone para la administración contar con una función pública tan diversa como la sociedad a la que tiene que servir. En definitiva, algo de este tenor se debería haber argumentado para justificar que una persona accediera a la función pública con peor calificación en las pruebas selectivas que otra que se presentó a la misma oposición, sin que ello entre en contradicción con el principio de mérito o capacidad.

Pero todo ello ocurre, sin duda, porque el Tribunal Constitucional está convencido de que no puede aplicar aquí los límites constitucionales que establece para las acciones positivas.

Además de la naturaleza individual –no grupal– de la discriminación, otra causa que explica que las medidas a las que nos referimos no tengan los mismos límites constitucionales que tienen el resto de acciones positivas es que la discapacidad no es un signo bidireccional de diferenciación prohibido expresamente por el artículo 14 de la Constitución española, como el género o la raza. Aunque en el futuro no exista discriminación social del colectivo de personas con discapacidad y convivan en un plano de igualdad con otros colectivos, las medidas que favorezcan su integración social y laboral compensando su discapacidad no podrán considerarse en ningún momento inconstitucionales. El juicio estricto de igualdad que aplica nuestro Alto Tribunal a las clasificaciones legislativas basadas en rasgos prohibidos no entraría aquí en juego. Al aplicarse exclusivamente un juicio de mínimos especialmente con-

descendiente con el legislador, el resultado no podrá ser otro que la constitucionalidad de la medida.

En realidad, la estructura de las medidas a favor de las personas con discapacidad se acerca mucho más a la de las medidas para personas con bajos ingresos, que también sufren un signo indubitado y objetivo de inferioridad social.[12] Son *medidas de igualación positiva.*

Por tanto, existen acciones a favor de las personas con discapacidad que son acciones positivas y otras que son medidas de igualación positiva. Se ha de hacer notar que a las primeras, al entrelazarse de manera tan imperceptible con las medidas de igualación positiva a favor de las personas con discapacidad, no se les ha impuesto, por parte del Tribunal Constitucional, los mismos límites constitucionales que a las acciones positivas de mujeres o minorías étnicas. Pese a que no es del todo correcto desde el punto de vista técnico, me parece bien, porque la discapacidad puede no ser una desventaja individual para el acceso al bien social determinado que se consigue con la acción positiva, pero seguro que supone una desventaja individual para acceder a otros muchos bienes sociales: por ejemplo, la persona con discapacidad puede competir por determinado empleo en igualdad de condiciones pero tiene más limitada su oferta de empleo por su discapacidad. Además, sería absolutamente imposible distinguir entre ambos tipos de medidas a favor de las personas con discapacidad, pues

[12] Muy interesante resulta la idea de extender el sistema de cuotas en el acceso a determinados bienes sociales como el empleo, plazas universitarias, contratos con la administración pública, a los más desfavorecidos desde el punto de vista económico, a los pobres. Lo que se plantea es que estaría mucho más justificado este sistema si se basa en la clase social que si se hace en el sexo o la raza, como hasta ahora. En realidad, lo que se está señalando es que es mucho más sencillo justificar una medida de igualación positiva, basada en circunstancias individuales objetivadas, como una renta baja, que en la pertenencia a un colectivo. Para un desarrollo de esta idea, como reacción a la acción positiva basada exclusivamente en la raza, véase Richard Kahlenberg, *The Remedy: Class, Races and Affirmative Action,* Nueva York, Basic Books, 1996; y Richard Kahlenberg, "Class-Based Affirmative Action", *California Law Review*, núm. 84, 1996, pp. 1037-1099. Una reflexión sobre la posibilidad de aplicar estas cuotas en España en David Giménez Glück, "El control de la constitucionalidad de las cuotas basadas en la clase social", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 30-31, pp. 29-48.

ambas parten de los mismos enunciados jurídicos. Cuando la Disposición Adicional 19 de la Ley 30/1984 dice lo que vimos con anterioridad, su aplicación en función del caso concreto puede alcanzar, por un lado, a personas con discapacidad con una desventaja individual en el acceso al empleo y, por otro lado, a personas con discapacidad discriminados por su pertenencia al colectivo. Es inviable, desde el punto de vista práctico, distinguir la constitucionalidad de una medida y otra si ambas proceden del mismo enunciado jurídico.

En conclusión, las medidas a favor de las personas con discapacidad no contradicen la Constitución en ninguna de sus manifestaciones, ni siquiera en el acceso al empleo, público o privado, en virtud de cuotas, rígidas o flexibles. Ello no sólo se produce en virtud de la distinta naturaleza de este tipo de medidas, mucho más centradas en luchar contra la desigualdad material de los ciudadanos individualmente considerados que de los colectivos en que se integran. También es producto de que la integración en la vida social de estas personas es uno de los objetivos proclamados en el artículo 49 de la Constitución:

> Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

LAS MEDIDAS A FAVOR DE LAS PERSONAS MAYORES

El análisis constitucional sobre las acciones que favorecen a las personas mayores no es muy diferente al que se ha hecho respecto de las personas con discapacidad, aunque con matices.

Para empezar, se ha de definir exactamente de qué colectivo estamos hablando y de cómo lo denominamos. Aquí se va a optar por definir el colectivo como las personas mayores de 65 años y, aunque comparto alguna de las objeciones de la doctrina respecto al término, se les va a denominar personas mayores.

Por comenzar por lo más sencillo, es etimológicamente cierto, como afirma Blázquez Martín, que todos los ciudadanos que tienen más de 18 años pueden ser considera-

dos mayores de edad, y que a las personas de más edad habría que denominarlas, en puridad, personas más mayores o muy mayores.[13] También podríamos utilizar otros términos, como ancianos o viejos. Sin embargo, el término *personas mayores* es el que el legislador suele utilizar para definir a este colectivo, por lo que parece más útil no cambiar aquí una denominación que, por otro lado, pese a no ser perfecta, es menos problemática que la de *ancianos* o *viejos*, o *personas muy mayores*.

Determinar que este colectivo es el de una edad superior a los 65 años es algo menos sencillo. No sólo, como veremos, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no define con entornos demasiado claros las características del colectivo, sino porque directamente se plantean recursos de amparo donde la discriminación se produce contra las personas por encima de otra edad, como por ejemplo, los 60 años.[14] No sin dudas, optaremos por las personas mayores de 65 años porque ésta es la edad que marca, como regla general, la frontera de la jubilación, lo que supone un hecho suficientemente relevante que puede marcar una diferenciación apreciable con respecto al resto de la sociedad.

Como vimos más arriba, para considerar determinadas actuaciones como acciones positivas éstas han de estar encaminadas a favorecer a colectivos cuyo rasgo diferenciador se encuentra entre los especialmente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución española, es decir, sexo, raza, religión, opinión, nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esta última cláusula abierta permite que determinados grupos que, en principio, no aparecen entre los especialmente protegidos por la Constitución, se unan a éstos a través de la interpretación que el Tribunal Constitucional va haciendo de aquélla. Así, en la STC 269/1994, antes mencionada, el Tribunal Constitucional interpreta que, pese a no recogerse expresamente en su articulado, el colectivo de personas con discapacidad entra, a través de esta cláusula abierta, a formar parte de los que están especialmente protegidos por la Constitución. Concretamente, en su fundamento jurídico número 4, dice:

[13] Diego Blázquez Martín, "Los derechos (humanos) de las personas mayores", en *Los derechos de las personas mayores (perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas)*, *op. cit. supra* n. 10, pp. 17-18.

[14] STC 75/1983, 3 de agosto (caso Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona).

> La discriminación, tal como es prohibida por el artículo 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciales que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el artículo 14 de la Constitución española, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación.

Sin embargo, con el colectivo de personas mayores el Tribunal Constitucional no ha sido tan nítido en su jurisprudencia. Por una parte, incluye la edad dentro de la cláusula abierta. Así, la STC 75/1983, de 3 de agosto (caso Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona) señala en su fundamento jurídico número 3: "La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14 pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad". Del mismo modo, apunta la STC 184/1993, de 31 de mayo (caso Edad Mínima para Pensión de Incapacidad de Autónomos) que "aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el artículo 14 de la Constitución española, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto" (FJ3). También la STC 69/1991, de 8 de abril (caso Causa Legal de Denegación de Prórroga Forzosa) incide en considerar la edad dentro de la cláusula abierta del artículo 14 de la Constitución española *in fine*: "La edad es, naturalmente, una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna" (FJ4).

Se podría deducir de esta jurisprudencia, que la edad, a través de la cláusula abierta, se configura como un rasgo especialmente sospechoso que da lugar a que las diferenciaciones contrarias a las personas mayores sean analizadas por el Tribunal Constitucional bajo el prisma de un juicio estricto, como ocurre con las clasificaciones legislativas que perjudican a las mujeres o a las minorías étnicas, cuyos rasgos diferenciadores sí aparecen expresamente citados en el artículo 14 de la Constitución española; y, al mismo tiempo, que será posible promover acciones positivas a favor de este colectivo, pues de la misma manera que el reconocimiento del rasgo

como especialmente sospechoso en la Constitución los protege de diferenciaciones contrarias a éste, también justifica una diferenciación a favor, al ponerse en conexión el artículo 14 con el artículo 9.2 de la Constitución española.

Sin embargo, ésta no es exactamente la conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional, que utiliza en sus fundamentos jurídicos el rasgo "edad" de manera genérica, sin hacer referencia expresa a que constituya característica común de colectivo alguno. Es decir, no se refiere a las personas mayores como aquel colectivo discriminado por su edad, esto es, por tener más de 65 años, al que por tanto hay que proteger aplicando juicio estricto a las clasificaciones legislativas que le son contrarias y permisividad a aquéllas que les benefician. Por el contrario, algunas de las sentencias sobre esta materia se centran precisamente en la constitucionalidad de normas que establecen diferenciaciones que perjudican a las personas mayores. Así, la STC 75/1983, de 3 de agosto (caso Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona) declara la constitucionalidad de la exigencia de no rebasar la edad de 70 años para poder presentarse a las plazas de secretario general, interventor y depositario de fondos para el Ayuntamiento de Barcelona. Sin embargo, otras sentencias convalidan la constitucionalidad de medidas que benefician al colectivo de personas mayores: se trata de la STC 361/1993, de 3 de diciembre (caso Amnistía), que ratifica la constitucionalidad de la norma que establece el requisito de tener cumplidos más de 74 años en 1990 para acceder a determinadas indemnizaciones para quienes sufrieron prisión como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 1977. Por su parte, la STC 22/1981, de 2 de julio (caso Jubilación Forzosa), establece la inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores que preveía la jubilación forzosa para los mayores de 69 años. Por último, la STC 69/1991, de 8 de abril (caso Causa Legal de Denegación de Prórroga Forzosa) señala la inconstitucionalidad del artículo 62.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que exige mayor carga de la prueba para que opere la causa legal de denegación de prórroga forzosa cuando el accionante es una persona de avanzada edad.

Como se ve, no hay jurisprudencia uniforme sobre la utilización de juicio estricto respecto de este colectivo. Ni siquiera se plantea la posibilidad de hacerlo; las personas mayores no son consideradas en ningún momento como grupo desaventajado al que el Tribunal deba proteger; es la constitucionalidad de la utilización de la edad como rasgo genérico lo que se plantea. Por otra parte, en ninguna de estas sentencias se utilizan las técnicas del juicio estricto, como sí se hace, por ejemplo, en la discrimi-

nación contra las mujeres, esto es, no se recurre ni al juicio sobre la discriminación indirecta, ni a la inversión de la carga de la prueba ni a la exigencia de una finalidad especialmente importante,[15] salvo quizás en la STC 22/1981, de 2 de julio (caso Jubilación Forzosa), pero se ha de tener en cuenta que ésta trata sobre la constitucionalidad de una norma que supone un límite al derecho fundamental del trabajo y que dichas normas se someten a juicio estricto precisamente por esta circunstancia, independientemente del rasgo que se utilice en la clasificación legislativa.[16]

Por otro lado, que la jurisprudencia del Tribunal no considere como colectivo a proteger a las personas mayores no contradice el marco teórico que considero adecuado. Si nos atenemos al Derecho Comparado, a la jurisprudencia del TC y a la propia lógica jurídica, para constituirse en un colectivo a proteger constitucionalmente se ha de cumplir, en mi opinión, los siguientes parámetros: a) compartir un rasgo en común que los identifique como grupo; b) la existencia de una historia de discriminación; y c) la existencia de prejuicios sociales negativos contra el colectivo, susceptibles de ser reforzados con la diferenciación normativa, que disminuyen la posibilidad de defensa de los intereses del mismo en el proceso político que condujo a la creación de la norma en cuestión[17]. Si nos atenemos a estos parámetros, cabe concluir, como hace el Tribunal Constitucional, que a las personas mayores no cabe aplicarles juicio estricto. Por una parte, no es un colectivo que tenga una historia legislativa de discriminación; por otra, tampoco que padezcan prejuicios sociales que llevan al legislador a no tomarlos en consideración.[18] No es cuestión de hacer

[15] Sobre los elementos de la estructura del juicio estricto de igualdad, véase David Giménez Glück, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 279-304.

[16] Entre los factores que dan lugar a juicio estricto, junto a las clasificaciones legislativas que se basan en rasgos especialmente sospechosos de los señalados expresamente en el artículo 14 de la Constitución española, también se sitúan las que limitan derechos fundamentales. *Ibidem*, pp. 265-278.

[17] *Ibidem*, pp. 230-235.

[18] Caso diferente es que en el seno de los órganos de representación política las personas mayores constituyen un porcentaje no demasiado elevado. Concretamente, en 2005 constituían 4.76% en las cortes generales, 8.47% en el Parlamento Europeo, 3.04% en las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y 1.48% en las principales corporaciones locales, según la ponencia "La discriminación política de los mayores" impartida en el VII Congreso Nacional de Organizaciones de

un repaso pormenorizado de cada uno de los parámetros, pero parece evidente que el colectivo de personas mayores no se puede asemejar al de mujeres o de minoría étnica, no sólo porque lo diga el Tribunal Constitucional sino por la lógica jurídica.

Por tanto, la conclusión no puede ser otra que, a diferencia de las personas con discapacidad, las medidas que favorecen a las personas mayores no tienen la naturaleza de acción positiva. Pero, como hemos visto antes, las acciones positivas a favor de las personas con discapacidad representan un porcentaje menor de las acciones que les favorecen; la mayoría son medidas de igualación positiva, con las características anteriormente descritas. Habrá que analizar, entonces, si las acciones a favor de las personas mayores tienen esta misma naturaleza.

Las acciones de los poderes públicos a favor de las personas mayores tiene como fundamento constitucional el artículo 50, que dice:

> Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Como quiera que el artículo 148.1.20.a de la Constitución señala como competencia exclusiva de las comunidades autónomas la "asistencia social", son éstas las que han establecido regulaciones específicas sobre la materia. Así, por ejemplo, la Ley 3/1996, de 11 de julio, de Canarias, Normas Reguladoras de la Participación de las Personas Mayores y de la Solidaridad entre Generaciones; Ley 6/1999, de 7 de julio, de Andalucía, de Atención y Protección a las Personas Mayores; Ley 11/2001, de 13 de julio, de Cataluña, de Acogida de Personas Mayores; Ley 5/2003, de 3 de abril, de Castilla y León, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León.

En estas normas, y en otras parecidas de otras comunidades autónomas, así como en la normativa sobre la seguridad social, que corresponde al Estado, se regula la

---

Mayores, el 24 de octubre de 2005. Pero ello no quiere decir que los mayores padezcan prejuicios sociales susceptibles de ser reforzados por la acción legislativa.

atención al bienestar físico, psíquico y social de las personas mayores, su suficiencia económica, la prevención de situaciones de maltrato y desasistencia, la promoción de sus posibilidades de ocio, el fomento de su movimiento asociativo y muchos otros aspectos de su vida.[19]

Las medidas de igualación positiva son normas que, partiendo de una situación de desigualdad entre ciudadanos individualmente considerados, tiene como objetivo promover, desde un punto de vista individual, la igualdad material entre individuos. Esta definición encaja perfectamente con el supuesto de las medidas a favor de las personas mayores. Las personas mayores están en situación de desventaja con respecto al resto de personas en muchos aspectos de la vida, pero no por su pertenencia a un colectivo desfavorecido sino por la propia naturaleza de las cosas. Una medida que favorece a una persona mayor no tiene como finalidad que el colectivo al que pertenece alcance la igualdad material; tiene como objetivo compensar una serie de desventajas que inevitablemente acarrea la edad. Por ejemplo, el derecho a percibir una pensión de jubilación. Éste es un derecho que no tienen las personas que no han cumplido determinada edad; desde ese punto de vista, se podría pensar que estamos ante una diferenciación que favorece a las personas mayores. Pues bien, con independencia de que no se trata de ninguna concesión del Estado sino del fruto de bastantes años de cotización a la seguridad social, el hecho es que ese trato favorable tiene una base perfectamente objetiva: la merma en la capacidad de trabajo de las personas de determinada edad. Esta razón objetiva e indudable explica la diferenciación, que tiene como finalidad principal la igualdad material de las personas mayores individualmente consideradas, lo que en este caso se traduce en facilitarles ingresos con que puedan sostener un razonable nivel de vida a pesar de no trabajar.

Por tanto, a modo de conclusión, la inmensa mayoría de las medidas que favorecen a las personas mayores son medidas de igualación positiva y, por tanto, perfectamente constitucionales. Lo mismo ocurre con las que favorecen a las personas con discapacidad. En ambos casos, las medidas tienen como finalidad la igualdad material de personas que sufren una desventaja individual, objetiva e indudable en la lucha por los bienes sociales.

[19] Véase María Esther Seijas Villadangos, *Los derechos de las personas mayores*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004, pp. 12-13.

SOBRE LAS CUOTAS ELECTORALES PARA LA IGUALDAD DE LAS MUJERES*

Alfonso Ruiz Miguel[1]

En este escrito voy a defender las cuotas electorales en favor de la igualdad entre hombres y mujeres en un triple nivel, argumentando que son, por este orden, convenientes (aunque seguramente no necesarias), justas y, en fin, constitucionales. Antes de abordar esa triple argumentación presentaré algunos datos jurídicos y sociales relevantes para enmarcar la discusión.

Debe tenerse en cuenta la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, que está dedicada a regular el principio de igualdad de oportunidades mediante el desarrollo de diversas acciones positivas, especialmente en el ámbito laboral y de la función pública. Esta ley contiene dos disposiciones adicionales importantes: por un lado, una definición de "presencia equilibrada" según la cual ningún sexo debe tener menos de 40% ni, por tanto, más de 60%; por otro, una reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que establece que se exijan cuotas en todas las elecciones con listas, obligando a las candidaturas a incluir un mínimo de un 40% de hombres o de mujeres en cada tramo de cinco puestos

* Reelaboración de "En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres", *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 20, enero-junio de 2007, pp. 60-68; también apareció en María Elósegui Itxaso (comp.), *Políticas de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 345-367. Entre otras diferencias, he reelaborado el último apartado para comentar la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, aparecida con posterioridad.

[1] Universidad Autónoma de Madrid, septiembre de 2008.

(se exceptúan las elecciones en localidades con menos de 3 000 habitantes o en las islas con menos de 5 000).[2] Tras la ley, el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional precisamente sobre el punto de las cuotas electorales. La sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, acumuló dicho recurso y una cuestión de inconstitucionalidad de un juzgado de Santa Cruz de Tenerife a propósito de una lista compuesta sólo de mujeres en el municipio de Garachico.

Añado también algunos datos sociales, primero, de carácter cualitativo. En un país como España, a pesar de lo avanzado en el camino hacia la igualdad entre hombres y mujeres, hay todavía tres retos pendientes para que pueda hablarse de la ciudadanía plena de las mujeres: *a)* la violencia en su contra, *b)* el reparto de las responsabilidades familiares, y *c)* su acceso a puestos de relevancia y poder social. Son los mismos que Victoria Camps ha considerado "los principales objetivos que el feminismo del siglo XXI tiene pendientes".[3]

Ahora bien, en el ámbito político lo que destaca es la gran igualdad entre hombres y mujeres. Como datos cuantitativos, en el Consejo de Ministros de las dos últimas

[2] Con anterioridad a esta reforma, varias comunidades autónomas habían establecido cuotas de sexo para las elecciones en su ámbito territorial: así, Castilla-La Mancha obliga a que las candidaturas alternen rigurosamente hombres y mujeres (ley 11/2002, de 27 de junio, que modifica el artículo 23.1 *bis* de su ley electoral, de 1986); normas similares se han introducido en Baleares (ley 6/2002, de 21 de junio, que modifica el artículo 16.4 de su ley electoral de 1986) y Andalucía (ley 5/2005, de 8 de abril, que modifica el artículo 23.1 de la ley electoral, también de 1986). También el País Vasco aprobó en 2005 una ley de igualdad que, con un alcance mucho más amplio, obliga a la paridad en las candidaturas al Parlamento y a las Juntas Generales, si bien no en alternancia rigurosa sino "en cada tramo de seis nombres" (véase Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, disposiciones finales 4ª y 5ª, que modifican la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco, y la Ley 1/1987, de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa); de acuerdo con esa mayor flexibilidad, y a los efectos más generales de la ley, el segundo párrafo del artículo 7º dice: "A los efectos de esta ley, se considera que existe una representación equilibrada en los órganos administrativos pluripersonales cuando los dos sexos están representados al menos al 40%".

[3] Victoria Camps, "Prólogo", en Miguel Lorente Acosta, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos,* Barcelona, Ares y Mares, 2003, p. 11.

legislaturas se ha rondado siempre la paridad absoluta,[4] y en los gobiernos autonómicos el promedio general es de 37%, con variaciones que van desde 22% en Murcia hasta 57.1% de Extremadura.[5] Por su parte, en cuanto al actual parlamento español, hay 33% de parlamentarias (36.3% de diputadas y 30% de senadoras), lo que coloca a nuestro país en un honroso décimo puesto en la clasificación mundial, al lado de Noruega. Aunque lejos de la paridad sueca de 47% (que en el promedio de los países nórdicos baja un poco hasta 41.6%), España se sitúa bastante por encima de la media mundial de 18.3% de mujeres parlamentarias, e incluso de la media europea, que ronda entre 21 y 19%, según se incluyan o no los países nórdicos en el cálculo. Por su parte, la media de mujeres en nuestros parlamentos autonómicos es más alta que la nacional, y se sitúa hoy en 41.7% y en algunos casos, como Castilla-La Mancha o el País Vasco, por encima de 50% (los más alejados, con 33%, son Galicia y Asturias). En fin, los datos pueden valorarse muy positivamente también en una perspectiva temporal. Por tomar la referencia de la representación en el parlamento nacional, entre 1977 y 1986 no hubo más que 6% de parlamentarias, porcentaje que ascendió a 18% en 1996 y que al día de hoy se ha multiplicado por cinco.

Una última observación antes de entrar en materia. Tras la ley 3/2007 se han celebrado las elecciones parlamentarias de 11 de marzo de 2008, que prácticamente no han arrojado cambios relevantes en la proporción de diputadas elegidas. Ello debe atribuirse sobre todo al mecanismo adoptado por la ley, que en vez de la crema-

[4] En el primer Consejo de Ministros formado en abril de 2004 se sentaban, además del presidente, ocho ministras y ocho ministros, por lo que aquéllas constituían 50% (o 47% si se cuenta al presidente); entre julio de 2007 y abril de 2008 hubo 44% de mujeres (41% con el presidente); hoy, tras el cambio de abril de 2008, hay 9 ministras y 8 ministros, por lo que hay 53% de ministras (o 50% si contamos también al presidente). Aunque en todo caso se trata de una paridad indiscutible, hago las correcciones contando al presidente porque en las estadísticas ofrecidas en la página de internet del Instituto de la Mujer, "La mujer en cifras", <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/index.htm>, nunca se cuenta al presidente del órgano en los porcentajes de mujeres, lo que tiende a elevar su media.

[5] Por lo que se explica al final de la nota anterior, los porcentajes que indico revisan un poco a la baja los ofrecidos en las estadísticas del Instituto de la Mujer, que contabilizan el total de ministros y de consejeros sin incluir a los presidentes de los distintos gobiernos autonómicos, hoy por hoy todos varones salvo en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid.

llera permite distribuir libremente a candidatos y candidatas por tramos de cinco puestos, pero también a la escasa incidencia que esta pauta tiene en los numerosos distritos electorales que eligen cinco o menos diputados, que tienden a repartir los puestos entre dos o tres partidos. Así, la colocación de mayor número de hombres en los lugares con mayores posibilidades de ser elegidos ha podido dar como resultado la consolidación del citado 36.3% de diputadas.

SOBRE LA CONVIVENCIA Y NECESIDAD DE LAS CUOTAS

Se diría que los datos anteriores admiten una valoración y un pronóstico muy favorables del proceso de equiparación real entre mujeres y hombres en España que hacen no ya sólo innecesarias sino incluso inconvenientes las cuotas electorales. Al fin y al cabo, se podría alegar, incluso los promedios más bajos entre los anteriores, alrededor de 33% de participación femenina en la política activa, se sitúan por encima del umbral de 30% propuesto en alguna significativa conferencia internacional como indicativo de que las mujeres llegan a la "masa crítica" suficiente para comenzar a tener influencia política efectiva.[6] Si eso es así –concluiría la alegación contraria a las cuotas electorales–, es de esperar que el proceso de igualación continúe su imponente camino en plazos razonablemente breves sin necesidad de imponer medidas que no resultan aceptables para una parte de la clase política y de la ciudadanía, y que pueden tener distintos costes y efectos sociales negativos.

Frente a esta conclusión, es aceptable calificar de no necesarias a las cuotas electorales sin suscribir a la vez la idea de que sean inconvenientes: podrían ser no necesarias aunque no inútiles, de modo que no serían el resultado de una obligación perentoria e indeclinable que, supuesto y compartido el ideal de la igualdad entre

[6] El de 30% fue el criterio consensuado en la Conferencia de Nueva Delhi de la Unión Interparlamentaria, celebrada en febrero de 1997 sobre el tema Towards Partnership Between Men and Women in Politics, con la participación de 78 delegaciones nacionales compuestas por 121 hombres y 119 mujeres, así como de organizaciones no gubernamentales (Anastassopoulos 2000, p. 101; y el *Concluding Statement by the President on the Outcome of the Conference*, disponible en <http://www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm>).

hombres y mujeres, nos impongan las circunstancias, pero sí podrían ser convenientes para el logro de ese objetivo igualitario. Eso es lo que trataré de argumentar en seguida ampliando el marco de los datos anteriores: por un lado, profundizaré un poco en la idea de la paridad política y, por otro lado, extenderé el análisis desde la relativamente baja desigualdad política de las mujeres a su mucho mayor desigualdad en el plano social más general.

En el ámbito estrictamente político, pueden hacerse dos puntualizaciones a propósito del promedio general más bajo de alrededor de 33% de participación femenina en la política activa, que es un porcentaje muy optimista. Ambas son obvias, pero tengo por "deformación profesional" de profesor la costumbre de recordar lo evidente. La primera es que el porcentaje de alrededor de un tercio no llega todavía a cubrir, ni siquiera de forma aproximada, una posición que decorosamente pueda denominarse paritaria, esto es, razonablemente igualitaria. Esto se puede ver fácilmente en el hecho de que los dos tercios restantes de participación masculina doblan la participación femenina. La segunda observación, que matiza la anterior en parte para mejor y en parte para peor, es que los promedios más amplios pueden reunir cantidades concretas muy dispares; en este caso, el tercio de mujeres incluye extremos de más de 50% y de menos de 10% tanto en el reparto de cargos en los distintos gobiernos autonómicos, según he dicho, como también en la diferente contribución de los distintos partidos a la mayor presencia de mujeres en los escaños parlamentarios (por ejemplo, las diputadas socialistas son 46.3% de su grupo, las populares son 28.4% y las de Convergencia i Uniò 10%).

Pero mucho más decisivo que las anteriores puntualizaciones, que al fin y al cabo no parecen desmentir la línea de tendencia hacia la paridad, es tener en cuenta el otro lado, el marco social más general de desigualdad de las mujeres. Cualitativamente considerada, esa desigualdad está fuertemente arraigada en la cultura tradicional de reparto de los roles públicos y privados, que asigna las tareas de cuidado familiar y privado a las mujeres y reserva el espacio público a los hombres, con sus correlativas manifestaciones en el poder político, económico e ideológico. Los persistentes y profundos rastros de esa cultura patriarcal de discriminación y de sujeción de las mujeres que hoy todavía quedan entre nosotros se siguen viendo bien reflejados por ese proverbio chino que reza: "Los asuntos de las mujeres, por importantes que sean, son pequeños. Los asuntos de los hombres, por pequeños que sean, son importantes". De ello deriva a fin de cuentas el limitado acceso de las mujeres a buena

parte de los puestos de mayor relevancia social, exceptuado el ámbito estrictamente político.

Me detendré un poco en este problema para observar el contraste entre el propicio panorama de los datos de participación política activa de las mujeres con el menos benigno de su participación en otros puestos de especial relevancia social. Antes de ello, conviene señalar como dato de fondo que el acceso y el rendimiento de las mujeres en los estudios universitarios es establemente alto desde hace bastantes años: así, mientras entre 1978 y 2006 las mujeres matriculadas en centros universitarios han pasado de 39 a 54% del total de matriculados, el porcentaje de mujeres graduadas se sitúa en alrededor de 60% del total de graduados, y esta cifra se ha mantenido estable al menos desde 1993.[7]

Pues bien, salvo en el ámbito político, cifras tan halagüeñas y de tan amplio periodo no se vienen traduciendo de manera razonablemente aproximada en el acceso a otros puestos de responsabilidad social. La incidencia de esta discriminación objetiva es bastante más profunda en el sector privado que en el público, según se puede observar en diversos ámbitos de la sociedad civil, o en la casi total inexistencia de mujeres que dirijan bancos, grandes empresas o medios de comunicación de alcance nacional, o en el escuálido 3.5% de mujeres en los consejos de administración de las empresas del índice Ibex, o en el 23% de mujeres gerentes en empresas con diez o más trabajadores (tanto privadas como públicas, lo que seguramente eleva la media), o en el 25% de empresarias que generan empleo por cuenta ajena. Incluso en el ámbito público, las cifras comentadas contrastan con otros datos menos vistosos, como el que haya una sola presidenta de comunidad autónoma, 5.5% de mujeres en las reales academias, 7% de magistradas en el Tribunal Supremo (que sube a 25% en el Tribunal Constitucional), 8% de rectoras de universidad, 20% en altos cargos de la administración central si no contamos a las ministras o, en fin, 27.4% de funcionarias en los dos niveles más altos.

[7] *Cf.*, además de las estadísticas suministradas en la página electrónica del Instituto de la Mujer *supra* n. 4, <http://www.mec.es/educa/ccuniv/html/informes_y estudios/documentos/informe_sobre_alumnado.pdf>, tabla 20.

A estas alturas resultará evidente que las cuotas electorales intentan asegurar la paridad femenina sólo en la política institucional activa, es decir, donde aparentemente menos falta hace. Aunque, bien pensado, tal vez no sea tan extraño que estas medidas se introduzcan precisamente cuando hay más mujeres que nunca en las instituciones del Estado, es decir, cuando tras llegar a la masa crítica antes mencionada han conseguido mayor influencia política. Justo esa razón puede avalar las razones de conveniencia u oportunidad política de las cuotas electorales. La mayor participación de mujeres en la actividad política formalizada de los parlamentos (y colateralmente de los gobiernos) puede tener dos efectos importantes en la expansión de la igualdad de género en el ámbito social: *a)* efectos directos como la acción legislativa y de gobierno, mediante políticas que fomenten la consolidación y la profundización de los procesos en curso de igualación entre hombres y mujeres, y *b)* efectos indirectos, ya que la sola presencia de mujeres en cargos prestigiosos puede influir en la transmisión de modelos de rol que rompan con los estereotipos contrarios a la incorporación de las mujeres a las mismas tareas sociales que los hombres en condiciones de plena igualdad.

La discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de las cuotas electorales, sin embargo, debe completarse con un par de consideraciones. La primera, más de fondo, exige afrontar las usuales objeciones a las políticas de cuotas desde un punto de vista pragmático: *a)* su eficacia está en duda por la inadecuación entre el medio y el fin de la igualdad, y *b)* pueden aparecer efectos colaterales negativos que, según los críticos, no compensarían las ventajas de las cuotas. Ambas objeciones se pueden responder, una más brevemente que la otra.

Sobre la supuesta inadecuación entre el medio y el fin de las cuotas, tanto el caso más amplio de la acción afirmativa por la igualdad racial de Estados Unidos como el más acotado de las distintas experiencias europeas de cuotas electorales, en especial las escandinavas, parecen desmentir esa objeción:[8] aunque las cuotas pueden

[8] Sobre lo primero, baste remitir a la sólida exploración de Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality,* Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2000. En cuanto a las cuotas electorales europeas, puede añadirse que también el caso belga, con cuotas legales que desde 1999 garantizan sólo un tercio de los escaños y sin sistema obligatorio de cremallera hombre-mujer o similar, ha de figurar como positivo, con casi 38% de mujeres en las dos cámaras parlamentarias. Sólo el caso francés, donde hay 18% de parlamentarias a pesar de las cuotas obligatorias para

ser causa de división política, no se ha mostrado que sean una medida imprudente y, todavía menos, contraproducente para el objetivo de la igualdad, sino todo lo contrario.

Entre las objeciones sobre los costes colaterales de las cuotas electorales, que dan por supuesta su adecuación al fin, la más relevante y no desdeñable es la que pone en guardia sobre la introducción de un precedente que, si se extendiera, podría conducir a una fragmentación de la representación política. Si toda variación significativa de raza, estatus, religión, etc., debería estar garantizada en los parlamentos mediante cuotas que reflejaran las variaciones del electorado –continúa la objeción– quedaría destruida la idea del parlamento como representación unitaria del conjunto del *demos*. Aunque algo de ello ocurre en muchos países, entre ellos el nuestro, a través de la distribución de distritos electorales que respetan criterios nacionalistas o regionalistas, la extensión de tal criterio sobre bases personales en lugar de territoriales (por ejemplo, para la llamada "nación musulmana" de los ciudadanos de esa religión) podría conducir a una balcanización que nos retrotraería a las formas jurídicas de la Edad Media. En este sentido, no puedo dejar de ver con preocupación algunas noticias de prensa según las cuales se está estudiando oficialmente la creación de un distrito electoral independiente para que puedan votar los residentes extranjeros con cuyos Estados exista reciprocidad. Compartiendo de lleno la propuesta de extender el voto a los emigrantes,[9] la previsión de un distrito en razón del origen o carácter de las personas sería un error grave de concepto y, quizá, de consecuencias difíciles de reparar.

Así pues, aun compartiendo la inspiración de la objeción anterior a las cuotas, que apela a una concepción de la representación más como mandato unitario que como mero reflejo de las diferentes partes del *demos*, se puede responder destacando que

---

las elecciones locales y una parte del Senado, parece mostrar la existencia de una fuerte resistencia a aumentar la participación femenina allí donde no hay imposición de cuotas (*cf.* Alfonso Ruiz Miguel, "La representación democrática de las mujeres", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 35, 2001, p. 245).

[9] Sobre ello, remito a mi escrito: "Los derechos de participación política", en Jerónimo Betegón *et al., Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, § 3.

la igualdad de las mujeres es un caso único y distinto, no comparable con los otros citados. Y ello porque las mujeres no son propiamente un grupo con identidad colectiva diferenciada y por tanto potencialmente divisiva de la unidad electoral, como lo son los nacionalistas o los grupos étnicos y religiosos, pero también porque las cuotas que tienden a garantizar su paridad con los hombres no pretenden atribuir a las mujeres una representatividad conjunta y aparte, sino de carácter transversal a todas las ideologías y partidos.[10] Por eso, las cuotas electorales en favor de la igualdad de las mujeres pueden ser compatibles con la única justificación de esa igualdad, que mira no al modelo del feminismo de la diferencia, para que las mujeres como grupo sean iguales en sus diferencias con los hombres –si por ventura esa propuesta tiene sentido–, sino al ideal del feminismo universalista o ilustrado, que busca superar las diferencias estereotípicas entre hombres y mujeres para que sean los individuos y no los géneros o los grupos los únicos sujetos de la diversidad humana.[11]

Había dejado pendiente una segunda consideración, más procedimental, enlazada con las incertidumbres inevitables en criterios como los que acabo de esbozar. Desde luego, la seguridad de mis afirmaciones en una materia como la anterior es consciente y declaradamente reducida en la medida en que incluye no sólo principios

[10] Obsérvese que en el caso de minorías étnicas o religiosas sería impracticable de hecho que toda candidatura llevara el porcentaje correspondiente a la minoría, especialmente si no se tratara de una mera aparición testimonial. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades técnicas de articular una medida semejante en España para la minoría gitana, cuya población ronda 1.2% del total, cuando las listas más numerosas al Congreso de los Diputados, las de Madrid y Barcelona, no pasan de 34 candidatos.

[11] Si se adopta como exclusiva o dominante la justificación del feminismo de la diferencia, como hace Louis Favoreau, "Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuota, paridad y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 50, mayo-agosto 1997, pp. 21-22, parece fácil concluir que las cuotas electorales deben ser definitivas y que la paridad se presenta como fin en sí misma y como "sustitutivo de la igualdad" bajo el modelo del "separados pero iguales". Me parece evidente, sin embargo, que ese tipo de justificación conduciría a una reserva de puestos de parlamentarias presentadas en distintas listas exclusivas de mujeres y no, como en las legislaciones existentes, a la obligación de que todas las listas, sean de la ideología que sean, contengan un porcentaje mínimo de personas de ambos sexos (para más amplitud sobre el tema, remito a Ruiz Miguel, *op. cit. supra,* n. 8, pp. 247-257).

ideológicos siempre disputables sino, sobre todo, previsiones sobre el curso futuro de cosas que no se pueden aseverar con certeza. Y lo mismo reza, me parece, para quien mantenga posiciones distintas. Ante ello, no me parece que podamos contar con un mecanismo de decisión mejor que el democrático de la prueba y el error. Afortunadamente, ésta parece ser una de esas materias en las que las decisiones legislativas no son irreversibles. Tengamos, pues, la deferencia de dejar que los legisladores ensayen y, quizá, se equivoquen, confiando en que si es así habrá ocasión de rectificar.

SOBRE SU JUSTICIA

Tradicionalmente, el debate sobre la justicia de las cuotas ha girado en torno al valor de la igualdad y, en particular, a la discusión de si tales medidas son discriminatorias y en qué sentido lo son. A mi modo de ver, sin embargo, las cuotas electorales en concreto no plantean propiamente problemas de igualdad ni de discriminación en ninguno de los sentidos en los que se quiera emplear ese término, sino más bien algunos problemas relativos a la libertad, en particular la libertad de sufragio. Veámoslo comenzando por el punto de la igualdad.

En su configuración originaria, para evitar la separación de castas en la India o, más adelante, para garantizar puestos a personas de raza negra en las universidades americanas, las cuotas suscitaron la objeción de que el objetivo de conseguir la igualdad racial no podía convalidar la discriminación que la propia medida imponía contra otras personas a las que se perjudicaba también por su raza. En su forma más elemental, las cuotas eran censuradas porque, al igual que la discriminación clásica, tomaban un rasgo como la raza para favorecer a unas personas en detrimento de otras, que eran inevitable y correlativamente perjudicadas. A esa sencilla objeción de que las cuotas no son "ciegas" ante la raza (o el sexo, etc.), se ha añadido siempre la de que producen una segunda discriminación injustificada porque vulneran un criterio relevante en la selección de puestos universitarios y de trabajo, el mérito. De ahí que, junto a la denominación más neutra de *affirmative action* (acciones positivas), este tipo de medidas se hayan calificado también como discriminación inversa o positiva.

Pues bien, las cuotas electorales, como se han articulado en la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General realizada por la citada Ley Orgánica 3/2007, no establecen ningún tipo de desigualdad entre hombres y mujeres. Por el contrario, obligan formalmente a que en prácticamente todas las elecciones populares las candidaturas tengan "una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo 40%" o, en todo caso, se presenten en proporción "lo más cercana al equilibrio numérico". Con el anterior criterio, estamos ante cuotas que no encajan en sentido estricto en la definición estándar de las acciones positivas, como medidas que establecen algún tipo de desigualdad para favorecer la igualdad, y, por ende, todavía encajan menos en su manifestación más gravosa y problemática, a la que puede denominarse discriminación positiva, en la que la desigualdad de la acción positiva provoca beneficiarios y perjudicados individualizados.

Claro que podría replicarse que lo que la ley pretende y hace es establecer una cuota que, aunque no formalmente, *de hecho* tiende a favorecer a las mujeres y, por tanto, a perjudicar a los hombres. Pero esta réplica sería fatalmente autodestructiva como argumento de justicia porque de forma implícita estaría reconociendo que la situación histórica y socialmente vigente discrimina de hecho a las mujeres, y ante esa discriminación no aparece por ningún lado la injusticia de una cuota formalmente neutral o bidireccional que pretende corregirla introduciendo una pauta de igualación.

Además, ni siquiera resulta aplicable a las cuotas electorales el particular reproche de no cumplir con el criterio de seleccionar conforme a la igualdad de mérito. Aunque el argumento se podría extender y complicar mucho más, bastará recordar que las decisiones sobre la composición de las listas electorales, tanto si se hacen por cooptación de los órganos de dirección del partido como si siguen reglas de elección desde abajo, han valido siempre, y es razonable que siga siendo así, con independencia de que atiendan poco o mucho a los méritos de los elegidos: como en cualquier elección popular se elige a los representantes, así también los candidatos se seleccionan previamente bajo el principio *stat pro ratione voluntas*. Y no hay desigualdad alguna que se pueda reprochar en ello. Lo que las cuotas electorales limitan innegablemente no es la igualdad sino la libertad de voto, tanto en el aspecto activo como, sobre todo, en el pasivo, esto es, afectan la libertad de las personas, las agrupaciones y los partidos para proponer candidaturas conforme a sus criterios

ideológicos, y a la libertad de los ciudadanos para elegir entre el más amplio abanico de posibilidades electorales.

Para despejar antes este último caso del sufragio activo, hay que precisar que no toda previsión de cuotas electorales tiene que limitar necesariamente la libertad de los electores: eso ocurre sobre todo cuando las cuotas van combinadas con la existencia de listas bloqueadas. Pero la libertad del elector es plena por encima de las cuotas no sólo en el caso de listas abiertas, en las que puede confeccionar su voto eligiendo nombres de distintas candidaturas, sino también en las listas cerradas pero no bloqueadas, donde puede alterar el orden de la candidatura elegida (y normalmente incluso excluir de ella varios nombres), de modo que la eficacia de la cuota puede quedar virtualmente desactivada.

Ahora bien, como las listas cerradas y bloqueadas son el sistema electoral ordinario en España, sólo excluidas para la elección popular del Senado, hay que reconocer que las cuotas añaden mayor rigidez al sistema, rigidez que limita más la libertad del elector. No obstante, dos observaciones pueden hacerse sobre esa limitación en términos de justicia. La primera, que la limitación añadida por las cuotas es cualitativamente muy poco significativa en comparación con la que ya establece el bloqueo de las listas. Y, segunda, a mi modo de ver la decisiva, que si cabe considerar razonable la limitación a la libertad de sufragio activo que imponen las listas cerradas y bloqueadas en función de argumentos como el fortalecimiento de los partidos que en último término remiten a la gobernabilidad del sistema político, también podrá ser aceptable la restricción añadida por la cuota electoral en función del valor de la igualdad al que sirven. En definitiva, no hay por qué atribuir a la libertad del elector un valor absoluto que nunca deba ceder ante otros valores, según las circunstancias, con un peso igual o mayor.

El mismo argumento es aplicable a grandes rasgos a la objeción de que las cuotas limitan la libertad de sufragio pasivo, cuyos principales titulares son los partidos políticos. Esa limitación puede ser un sacrificio razonablemente justificado en aras de una mayor igualdad entre mujeres y hombres. En particular, además, el legislador español ha atenuado considerablemente esa limitación desde el momento en que, en vez de haber optado por el sistema de cremallera, obligando a alternar candidatos de uno y otro sexo, ha preferido el sistema de incluir 40% de cada sexo por cada tramo de cinco candidatos, lo que permite a los partidos y agrupaciones electorales establecer amplias preferencias entre los candidatos. Esta posibilidad será máxima

cuando la expectativa previsible de victoria de una lista sea igual o inferior a tres puestos.

En relación con el sufragio pasivo yo sólo mantendría la duda de que esa limitación podría no estar justificada en agrupaciones electorales o partidos que hagan de la diferencia de sexo uno de los motivos principales de su ideología, para quienes las cuotas vendrían a ser un gravamen directo y central a su libertad de expresión. La única solución legal para esta consideración sería permitir a los partidos la opción entre aceptar el sistema de cuota o proponer candidaturas de carácter unisexuado.[12]

En resumen, salvo por esta última precisión, no veo objeciones de justicia relevantes o insuperables contra las cuotas electorales para la igualdad de sexo. Aunque los argumentos sobre el principio de no discriminación no impedirían su continuidad indefinida, los argumentos sobre las limitaciones que imponen a la libertad electoral hacen que se asimilen estas cuotas a las acciones positivas en su rasgo temporal, es decir, que sean válidas sólo en tanto que no se logra o, al menos, no se avanza significativamente en el objetivo de igualdad que tales medidas se proponen.[13]

SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

La mayor parte de las argumentaciones desarrolladas hasta aquí coinciden en sus fundamentos con los principales argumentos jurídicos de la mencionada STC 12/2008, que especifica tales criterios en relación con la Constitución española. En la senten-

[12] *Cf.* Ruiz Miguel, *op. cit. supra* n. 8, p. 251.

[13] Ese carácter temporal es reconocido también por el artículo 11 de la Ley 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que caracteriza a las acciones positivas como "medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, *que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones,* habrán de ser razonables y proporcionales en relación con el objetivo perseguido en cada caso" (cursiva mía). Por su parte, la stc 128/1987, que es el *leading case* de la jurisprudencia constitucional española en esta materia y a la que me refiero más adelante en el texto, aceptó la constitucionalidad de las acciones positivas contra la discriminación por razón de sexo con la salvedad de su sometimiento a "revisión periódica" para comprobar la pervivencia de la previa discriminación (*cf.* FJ 8).

cia, los rasgos de inconstitucionalidad de las cuotas que resultarían más plausibles son dos: *a)* la violación del principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y específicamente en el artículo 23.2 como "derecho a acceder *en condiciones de igualdad* a las funciones y cargos públicos", y *b)* la violación de los derechos de los ciudadanos al sufragio pasivo y activo, respectivamente reconocidos en los artículos 23.1 y 23.2, el primero como derecho "a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal" y el segundo, recién citado, como "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes".

Sobre el primer rasgo, que podríamos denominar *objeción igualitaria*, la sentencia afirma que la reforma de la ley electoral que introduce las cuotas "persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública" (FJ3), de modo que pretende realizar un objetivo amparado por el artículo 9.2 de la Constitución española, que ordena remover los obstáculos normativos *y fácticos* que impidan o dificulten la igualdad (FJ4).[14] En cuanto al medio, la sentencia precisa que el sistema de cuotas establecido por la reforma "no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos" (FJ3), e insistie en que no hay "tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos […] atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados" (FJ5).

Hasta aquí, lo dicho por el Tribunal Consitutcional en relación con la objeción igualitaria es perfectamente asumible. Sin embargo, la frase final de la cita anterior lleva un contexto que merece un comentario aparte. La sentencia insiste en dar importancia al hecho de que la "división" entre hombres y mujeres establece dos grupos

[14] Su redacción literal es la siguiente: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

numéricamente iguales para diferenciar expresamente ese caso del de "una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad)" (FJ5). Al parecer, el Tribunal Constitucional quiere expresar así la precaución de que las cuotas por razón de sexo son esencialmente diferentes a otros "criterios diferenciadores determinantes de una dialéctica mayoría/minoría", como los que exigieran "la presencia de un número o porcentaje de personas de determinada raza o de un cierto arco de edad" (FJ7). Seguramente el Tribunal pretende avanzar así un argumento frente al riesgo de que las cuotas puedan fragmentar al electorado en grupos con intereses parciales, pues más adelante alega que las cuotas legalmente establecidas se asientan "sobre un criterio natural y universal" sin que supongan "la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo" (FJ10).

Sin embargo, la razón que la sentencia aduce para diferenciar el sexo de otros rasgos como la raza o la edad resulta puramente formal y, en realidad, inconcluyente en relación con el argumento igualitario: que la proporción de grupos sea por mitades o en otro porcentaje más o menos minoritario no cambia el carácter igualitario de las cuotas como objetivo y como medio: que en un caso la igualdad sea exacta y en otros proporcional, no hace que deje de ser igualdad, como lo prueba el simple hecho de que se podría dividir a cualquier sociedad en dos mitades con arreglo al criterio de la edad (que es uno de los citados por el Tribunal) para que las eventuales cuotas fueran también perfectamente igualitarias (pero, naturalmente, no por ello justificadas sin más). A mi modo de ver, no es la división por la mitad de la sociedad sino la clara y distinta visibilidad de la diferencia entre hombres y mujeres –el citado "criterio natural y universal"–, junto a la especial trascendencia y resistencia de su desigualdad social, lo que puede justificar las cuotas por razones de igualdad.

El otro rasgo de las cuotas electorales, relativo a los argumentos sobre la libertad, es tratado por el Tribunal Constitucional en los siguientes ámbitos: el de la libertad de presentación de candidaturas por los partidos políticos y las agrupaciones electorales, el de la libertad ideológica y de expresión en la propia presentación de candidaturas y, en fin, el de los derechos individuales al sufragio pasivo y activo.

La objeción más fácil de responder es la relativa al derecho de sufragio activo, donde el Tribunal Consitutcional aplica el criterio de que "del artículo 23.1 de la Consti-

tución española [no] puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales", pues,

> nadie puede pretender ser titular del derecho fundamental a que las formaciones políticas enumeradas en el artículo 44 [de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General] presenten a terceras personas como candidatos. El derecho de sufragio activo recogido en el artículo 23.1 de la Constitución española se ejerce por los ciudadanos mediante la elección, a través del sufragio libre, igual, directo y secreto, entre las opciones presentadas para su consideración por las formaciones políticas habilitadas al efecto por la legislación electoral, sin que forme parte de ese derecho la facultad de otorgar la condición de candidato a quien no fue propuesto como tal por los partidos políticos, agrupaciones de electores o federaciones de partidos (FJ9).

Por su parte, en los puntos relativos a la libertad de presentación de candidaturas y a la libertad ideológica y de expresión, el Tribunal Constitucional trata diferenciadamente el caso de los partidos políticos y el de las agrupaciones electorales, dado que los primeros vienen expresamente aludidos en el artículo 6º de la Constitución española[15] mientras que las agrupaciones son fórmulas admitidas por la ley para la libre presentación de candidaturas en cada convocatoria electoral. Sin embargo, las conclusiones a las que llega son idénticas en los dos casos. Por un lado, la libertad de presentación de candidaturas por parte de partidos políticos y de agrupaciones electorales no es ni puede ser absoluta, según el Tribunal, bajo el criterio de que las cuotas electorales son una limitación que resulta razonable o proporcionada como medio para obtener su legítimo fin igualitario. Por otro lado, el Tribunal tampoco ve lesión alguna a la libertad ideológica y de expresión de partidos y agrupaciones, la cual queda salvaguardada en la medida en que no se prohíben partidos o agrupaciones "con ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino" o con ideario "machista", sino sólo que acudan a las elecciones sin cumplir en sus candidaturas el requisito de paridad (*cf.* FJ 5-7).

[15] Que dice: "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

Sin embargo, esta última conclusión resulta debatible. No se trata sólo de que el tratamiento que la sentencia da al feminismo sea discutible. El FJ6 comienza presumiendo, razonablemente, que la pretensión de una candidatura feminista integrada sólo por mujeres pretendería dar un "testimonio" a favor de la igualdad, que precisamente la nueva normativa de las cuotas hace innecesario. Pero la sentencia pasa inmediatamente a aludir al citado "ideario feminista radical" y a precisar que, al excluir la Constitución un modelo de "democracia militante" que prohíba ideologías por sí solas, y dentro de ellas las ideologías contrarias a la igualdad, también excluye la prohibición de "formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar *machistas* o *feministas*", lo que malinterpreta las pretensiones del feminismo, que en ninguna de sus versiones, que yo sepa, propugna la "primacía" femenina.

Sea como sea, lo constitucionalmente sustantivo es la exclusión de la posibilidad de candidaturas de un único sexo, respecto de las que no resulta suficientemente persuasiva ni sensible la diferenciación entre la ideología del partido o agrupación electoral y su expresión a través de las candidaturas que presenta. En el límite, si no a los partidos, tal vez la sentencia podría haber abierto un cauce para las agrupaciones de electores, aprovechando sus peculiaridades como instrumentos ocasionales de participación política a disposición de los ciudadanos individuales. Como el Tribunal Constitucional reconoce que la argumentación sobre los partidos políticos "requiere de alguna matización para el caso de las agrupaciones de electores, dada la distinta naturaleza de unos y otras" (FJ7), podría haber extraído de ella alguna consecuencia diferente en su régimen constitucional. En particular, la sentencia podría haber utilizado la diferencia que comienza reconociendo entre ambos (que en el partido político se da una alteridad entre el partido en sí y sus candidaturas, mientras que las agrupaciones de electores se enlazan inexorablemente con las candidaturas que presentan),[16] para

[16] La sentencia comienza reconociendo la diferencia para revisarla a renglón seguido mediante unas distinciones que parecen sólo destinadas a soslayar dicha diferencia (ante lo que uno se pregunta si el viaje merecía tales alforjas): "Los miembros de una agrupación de electores no ejercen el derecho de sufragio pasivo, como tampoco lo ejercen los miembros de los órganos de los partidos políticos competentes al efecto. Unos y otros sólo ejercen tal derecho si además de promover una

aceptar que las agrupaciones de electores exigen un marco más amplio de libertad precisamente para cumplir su función de facilitar el ejercicio del sufragio activo a los ciudadanos al margen de las estructuras y constricciones partidarias.

Así, la anterior consideración podría haber servido para que el Tribunal Constitucional modulara su apodíctica exclusión de que las cuotas afecten al derecho de sufragio pasivo: el FJ9 de la sentencia recuerda jurisprudencia anterior según la cual "el artículo 23.2 de la Constitución española no incorpora entre sus contenidos un pretendido derecho fundamental a ser propuesto o presentado, por las formaciones políticas, como candidato en unas elecciones (STC 78/1987, de 26 de mayo, FJ3)", sino que dicho precepto se limita a garantizar el acceso al cargo público de quienes hayan resultado elegidos (además de la sentencia anterior, STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 2c). Pero si se tiene en cuenta que las agrupaciones de electores están previstas precisa y razonablemente para facilitar a los ciudadanos el ejercicio directo del derecho de sufragio pasivo, las afirmaciones del Tribunal no ofrecen una argumentación muy sustantiva. En todo caso, de la STC 12/2008 se desprende que no existe inconstitucionalidad alguna en las cuotas electorales por razón de sexo introducidas en la ley electoral.[17]

candidatura se integran en ella. Los miembros de una agrupación de electores no candidatos ejercen el derecho de participación en los asuntos públicos *lato sensu* (artículo 23.1 de la Constitución Española), pero no el específico derecho de participación consistente en concurrir como candidatos en unas elecciones" (FJ7).

[17] Cuestión distinta, no de igualdad ni justicia sino de conveniencia, y contra la que he argumentado más extensamente en otro lugar, es la objeción de que las cuotas podrían deteriorar la calidad de la democracia por establecer un sistema que obligaría a elegir a candidatos con menores méritos (*ibidem,* pp. 259-260).

IGUALDAD Y ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN A FAVOR DE INDÍGENAS EN MÉXICO

Mario Santiago Juárez[1]

LA SITUACIÓN DE LOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Es claro que la situación de los indígenas en México es crítica; un porcentaje muy alto vive en situación de pobreza y exclusión importante. En 2005, la población hablante de alguna lengua indígena de nuestro país era de 6 millones de personas; 4.7 millones entre ellos tenían 15 años o más y, de éstos, 1.5 millones (31.6% del total) no dominaba la habilidades de lectura y escritura.[2]

En el ámbito de la educación hay grandes diferencias entre población indígena y la que no lo es. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía ha publicado que, entre los miembros de los hogares no indígenas la tasa de asistencia a la escuela es de 94.7%, lo que representa 3.7 puntos más que en los hogares indígenas. La diferencia es mayor respecto a los niveles de alfabetismo y de promedio de escolaridad, pues en los hogares no indígenas 93.3% de sus miembros sabe leer y escribir y registran 8.2 años aprobados de escolaridad. Por su parte, en los hogares indígenas sólo el 70.4% de los miembros no es analfabeta.[3]

[1] Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, México. Forma parte del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT con nivel 1.

[2] Para este grupo las proporciones de analfabetismo son significativas para ambos sexos, al registrar los hombres 23.2% y las mujeres 39.6%. Datos de Instituto Nacional de Estádistica, Geografía e Informática, "Estadísticas a propósito del día internacional de la alfabetización. Datos nacionales", disponible en <http://www.inegi.gob.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2006/alfabetizacion06.pdf>.

[3] *Ibidem*, pp. 4 y 5.

La situación de la educación es desigual, pues la calidad de ésta para los indígenas es inferior a la general. Los datos son más que desalentadores; mientras que en las escuelas públicas de educación básica 13.4% de los estudiantes alcanza un nivel de comprensión de lectura que corresponde plenamente a los objetivos curriculares, en las escuelas indígenas sólo 2.5% logra ese nivel deseado.[4]

Es claro que al terminar la educación básica los alumnos indígenas cargan con desventajas respecto de los que no lo son, pues no dominan herramientas básicas. Si continúan con sus estudios, en la secundaria "tienen serias dificultades para aprender" y al llegar al nivel medio superior o superior se enfrentan con exámenes de admisión que un porcentaje muy bajo aprueba, si lo comparamos con los no indígenas. Con ello, se castiga a los indígenas que ya han sido víctimas de un sistema educativo deficiente.[5]

La situación expuesta nos presenta el reto enorme de cambiar esta realidad de exclusión y desigualdad. La pregunta aquí sería fácil de formular: ¿qué mecanismos se deben instrumentar para lograr el cambio? Responder a esta pregunta no es tarea sencilla: no lo es porque se podrían hacer infinidad de cosas para intentar cambiar la situación. Una solución al problema de fondo se encontraría al aplicar políticas encaminadas a terminar con la marginación, la pobreza y la discriminación. Sin embargo, aquí simplemente propongo un mecanismo dentro del universo de los posibles aplicables. Este instrumento son las acciones afirmativas. A través de ellas se aumentaría el porcentaje de indígenas universitarios, lo que provocaría aminorar la exclusión en el ámbito de la educación superior, que sin duda se reflejaría en menor desigualdad, a la postre, en la esfera profesional. Además, los indígenas universitarios serían referentes para otros indígenas, y ayudarían a terminar con prejuicios y estructuras sociales perniciosas.

[4] Instituto Nacional Indigenista, *La educación indígena en México*, disponible en <http://www.inee.edu.mx/images/stories/documentos_pdf/Publicaciones/Folletos/Los_Temas_de_la_Evaluacion/folleto_01.pdf>.

[5] Observatorio Ciudadano de la Educación, "La educación indígena en México: inconsistencias y retos.", *Este País*, núm. 210, septiembre de 2008, pp. 37-41.

LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO ALTERNATIVA

En ensayos precedentes de esta antología se puede encontrar una definición de acciones afirmativas. Por ello, sólo haré una breve distinción entre qué son las acciones positivas y qué las acciones afirmativas (o discriminación inversa). Las primeras son las que buscan mejor la situación de determinado grupo de personas a través de apoyos directos a los miembros del grupo que se encuentra en desventaja social. Un ejemplo concreto es el Programa de Infraestructura Básica para la Atención de los Pueblos Indígenas.[6] Este programa busca contribuir al desarrollo social y económico de los pueblos y comunidades otorgando prioridad a las regiones indígenas.

Podría citar sinfín de programas similares que intenten una igualdad real de oportunidades y doten de bienes escasos a grupos de personas específicos. Estas acciones son necesarias para garantizar que determinados derechos sean ejercibles. No obstante, tales programas no pueden considerarse acciones afirmativas, pues no representan medidas que afecten a personas que no pertenezcan al grupo que se pretenda beneficiar. Llamamos acciones afirmativas a aquellas que sí provocan un perjuicio a miembros de la sociedad que no pertenecen al universo de personas que se quiere beneficiar.

Para que quede clara la diferencia es conveniente estudiar un caso real de un programa de acciones afirmativas que se llevó a cabo en el gobierno del estado de Guanajuato en 2008. El ejecutivo del estado, a través de la Secretaría de Obra Pública local, licitó la construcción de un camino que comunicaría dos poblaciones de la entidad. En una de las cláusulas se establece que:

> En caso de empate técnico entre los licitantes, la obra se adjudicará, en igualdad de condiciones, a la empresa que tenga en su planta laboral un cinco por ciento de per-

[6] El programa se llevó a cabo en 2007 en virtud del Acuerdo de Coordinación para la ejecución del Programa de Infraestructura Básica para la Atención de los Pueblos Indígenas, celebrado entre la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y el estado de Hidalgo. El Acuerdo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el lunes 3 de diciembre de 2007.

sonas con discapacidad, cuya alta en el Instituto Mexicano del Seguro Social se haya dado con seis meses de antelación al momento del cierre de la Licitación Pública.[7]

A través de esta cláusula, la convocatoria premia a los empresarios que han contratado personas con discapacidad; por lo que, en igualdad de circunstancias, no será determinante un factor relacionado con la capacidad de la empresa para otorgar mejores condiciones a la contratación, sino más bien la existencia previa en la empresa de la contratación de dichas personas. Aquí, sí se recurre a medidas de acción afirmativa o de discriminación inversa, pues la empresa que no haya contratado previamente ese 5% requerido perderá la licitación; se verá afectada por una cuestión ajena a las relacionadas directamente con el posible desempeño de la empresa en la construcción de la obra.

Otro caso típico de acción afirmativa es el usado en Brasil en el ámbito de los empleos públicos. El Estado brasileño, a través del Ministerio de Desarrollo Agrario, estableció un sistema de cuotas para las plazas de directivos en los concursos públicos, donde 20% de éstas deben ser asignadas a negras y negros que se hayan presentado a los concursos.[8] En los sistemas como éste es claro que habrá personas afectadas, pues las cuotas evitan que se designe a personas que hubieran sido ganadoras si se hubiera usando sólo un criterio basado en el mérito.

Estos dos ejemplos sirven para entender la definición de acciones afirmativas o de discriminación inversa: todos aquellos planes o programas que, usando el rasgo diferenciador de los grupos que sufren exclusión o discriminación, buscan beneficiar a los miembros de dichos grupos otorgando algún tipo de ventaja en el otorgamiento de bienes escasos y, al hacerlo, perjudican a ciertas personas que hubieran gozado del bien escaso de seguir las cosas su curso normal.

[7] La convocatoria del ejemplo es real y puede consultarse en línea <http://uaip.guanajuato.gob.mx/portalcs/docaart10/200811071928380.2008-016.pdf>, consultada el 17 de marzo de 2009.

[8] El fundamento de este programa es el Decreto número 202 del 4 de septiembre de 2001. Sobre este tema puede consultarse: Shigeru Suzuki, "Brasil en la época del multiculturalismo: Una polémica en torno a las acciones afirmativas", *Humania del Sur. Revista de Estudios Latinoamericanos, Africanos y Asiáticos*, año 2, núm. 3, julio-diciembre, 2007, Mérida, Venezuela, pp. 73-85.

Para no dejar lugar a dudas explicaré los elementos que componen la definición propuesta. En primer lugar, debemos señalar que los planes pueden ser usados en el ámbito público (organismos autónomos, secretarías de Estado, universidades públicas, etc.) o en el privado (una empresa constituida como sociedad anónima, por ejemplo). Las ventajas a las que se refiere la definición deben posibilitar que personas pertenecientes a grupos que se encuentran en una situación de exclusión y que, en consecuencia, no tienen acceso a determinados bienes escasos. Para ello se usan los rasgos definitorios del grupo en desventaja (la raza, el sexo, la etnia o determinada discapacidad de las personas). Estos bienes pueden ser empleos, plazas universitarias, licitaciones de obras públicas u otros que muy probablemente no serían otorgados a los miembros de ciertos grupos desfavorecidos de utilizarse criterios comunes de distribución como el mérito. Las acciones afirmativas, al usar un criterio de distribución no tradicional, excluyen a personas que, en circunstancias normales, hubieran accedido al bien escaso y, como consecuencia de esto, dichas personas se ven a sí mismos como víctimas de dichos planes. En esencia, estas personas pueden considerar que han sido discriminadas, pues la posesión de alguna característica personal ha sido determinante para que les sea negado el bien.

Este cambio en el criterio de distribución de bienes escasos lleva a formular la pregunta de si esto es discriminatorio. Para responder esto es necesario estudiar las normas que consagran en nuestro país el derecho a la igualdad, así como la prohibición de discriminar.

LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

En el sistema jurídico mexicano es la Constitución, que establece los derechos mínimos de los que debe gozar las personas en el territorio mexicano. Por ello, todo estudio jurídico sobre la igualdad debe partir de ésta. En este apartado realizaremos un análisis del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución.

El texto original de la Constitución de 1917 usaba sólo en una ocasión el término *igualdad*. Paradójicamente, lo usa para establecer una desigualdad: "Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del Gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano". En el artículo 123, sin embargo, la

Constitución establecía expresamente un principio derivado del derecho a la igualdad: "Para trabajo igual debe corresponder un salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad". En ninguna otro lugar del texto original se utiliza la palabra *igualdad* o términos similares. No obstante, son muchos los pasajes que recuerdan que el constituyente sí buscaba la igualdad en diferentes ámbitos.

El artículo 1° establece, desde la versión original, la noción de universalidad de los derechos o igualdad en el goce de los derechos fundamentales (garantías individuales),[9] que no sólo se refieren a los contenidos en la propia Constitución, sino a todos aquellos que son "Ley Suprema de toda la Unión"; es decir, los contenidos en el texto constitucional en su totalidad y en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.[10]

Por su parte, el artículo 5° contitucional establece de forma implícita la garantía de la igualdad en el trabajo: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos". Sobre esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis de jurisprudencia de 2000, establece precisamente que el artículo 5° debía entenderse como un derecho a la igualdad: "El numeral 5° constitucional prevé sustancialmente ese principio fundamental de igualdad, en virtud de que tiene como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones".[11]

[9] Articulo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

[10] Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 175.

[11] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, núm. XC, junio 2000, p. 470, Garantía de igualdad. Está contenida implícitamente en el artículo 5° constitucional. Amparo en revisión 2352/97.

Por su parte, la reforma del artículo 4° constitucional de 1974 introduce el principio de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres: El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.[12] En el 2001 una nueva reforma constitucional agrega un segundo párrafo al artículo 1° en el que se hace expresa la prohibición de la esclavitud.[13] Un último párrafo fue introducido en diciembre de 2006, que podemos considerar la reforma constitucional más importante relacionada con nuestro tema, pues se establece la prohibición de discriminación:

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

Pero, ¿qué hay que entender por la prohibición de discriminación establecida en el párrafo transcrito? Para contestar hay que definir primero el término *discriminar*. Para ello, no hay más que recurrir a la segunda acepción del término señalado del *Diccionario* de la Real Academia, que señala: "Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera". Es evidente que la prohibición constitucional se refiere, precisamente, a esta acepción de discriminar y no a la primera, que define discriminar como: "Seleccionar excluyendo".

La Constitución prohíbe el trato de inferioridad a las personas basado en los criterios prohibidos señalados. Este párrafo es una cláusula de igualdad formal que implica, en primera instancia, un mandato a los poderes públicos, que están constreñidos a respetar la prohibición de discriminación. Llegado este punto debemos responder sobre una cuestión de enorme trascendencia: ¿quiénes están obligados

[12] Sobre este artículo, véase Carbonell, *op.cit. supra* n. 10, pp. 208 y ss.

[13] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzaran, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Este párrafo fue adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto del 2001.

por esta norma constitucional? La respuesta clásica dentro de nuestra tradición jurídica sería que sólo el Estado estaría constreñido a respetar el mandato. Esto es así porque en México ha primado la idea de que las "garantías constitucionales" son sólo oponibles al Estado, es decir, sólo pueden ejercerse y hacerse respetar frente a los poderes públicos.

A través de la historia nacional se ha ido matizando este principio que de forma tajante distinguía las responsabilidades del Estado de aquellas propias de los particulares. Recordemos, por ejemplo, que los derechos laborales se consideraron, durante mucho tiempo, regidos por los principios de derecho privado, donde impera el principio de autonomía de la voluntad. Si el contrato de trabajo es la suma de voluntades de dos sujetos con plena facultad de ejercicio parecía obvio pensar que ésta no podía ser limitada. Lo cierto es que en una típica relación de trabajo la voluntad no es plena, se encuentra restringida por la necesidad del trabajador de conseguir recursos económicos traducibles en un sustento personal o familiar; por ello, los principios de derecho fueron modificados "limitando" la libertad en los contratos de trabajo que, desde entonces, deben ceñirse a nuevos principios de justicia.[14] Con el establecimiento de una jornada máxima de trabajo, por ejemplo, se reconoció un derecho que debía ser respetado tanto por los patrones públicos como por los privados.

En el entendido de que las relaciones de trabajo se consideraban parte de un ámbito privado, las acciones discriminatorias eran defendidas como manifestaciones de la libertad. Sin embargo, poco a poco se han ido prohibiendo la discriminación en el empleo. Precisamente, el derecho a la no discriminación se introduce en México por primera vez en materia laboral, en 1970, con la Ley Federal del Trabajo que señala, en el artículo 56, la prohibición de distinciones en las condiciones de trabajo "por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política".[15] La

[14] Se establece así, por ejemplo, el derecho a una jornada máxima de trabajo que protege a los empleados de posibles abusos de los patrones cometidos bajo la bandera de libertad contractual. Los derechos laborales, como el de la jornada máxima, son ejercibles ante el Estado como empleador, pero sobre todo a los patrones privados. Lo mismo ha sucedido con otros derechos exigibles ahora a los sujetos privados.

[15] El artículo 56 de la Ley Federal del Trabajo señala: "Las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta Ley y deberán ser proporcionadas a la importancia de los

proscripción de discriminación en el salario fue constitucionalizada en 1986 con la reforma al artículo 123: "Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad".[16]

Estos principios de derecho laboral se traducen en derechos que son oponibles tanto al Estado como a los particulares; el Estado, eso sí, es el primer obligado a respetar la prohibición de discriminar, así como a vigilar que no se discrimine en el ámbito privado.

Habiendo dejado claro que la prohibición de discriminar es general, pues está dirigida tanto a actores públicos como privados, hay que preguntarse qué tipo de actos deben estar prohibidos: ¿cuándo podemos pensar que un acto determinado debe ser considerado discriminatorio? La respuesta a esto parece complicada si consideramos que a lo largo de nuestras vidas los seres humanos discriminamos a diferentes personas o grupos de personas. Lo hacemos, en muchas ocasiones, de forma inconsciente y como consecuencia de prejuicios transmitidos de generación en generación; continuamos patrones de comportamiento aprendidos que tienen su origen en el desprecio por lo que consideramos inferior o simplemente diferente. No obstante, hay varias formas para conocer en qué medida determinado grupo social discrimina en determinados ámbitos a ciertas personas. Sabemos por ejemplo que en México, según lo señalado por la *Primera Encuesta Nacional Sobre Discriminación*, las personas más discriminadas son homosexuales e indígenas. Un ejemplo claro de la discriminación en contra de indígenas de nuestro país queda en evidencia al conocer que 40% de los encuestados está dispuesto a organizarse con otras personas para solicitar que no permitan a un grupo de indígenas establecerse cerca de su comunidad.

Este tipo de discriminación en la esfera privada es una de tantas manifestaciones de los prejuicios contra determinados grupos sociales. Para evitarlas el Estado está obligado a establecer políticas públicas destinadas a eliminar de raíz la discriminación, y la educación es la forma más segura de revertirla. Sin embargo, la modificación de estructuras sociales se logra a largo plazo, por lo que es necesario trabajar de forma

servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política, salvo las modalidades expresamente consignadas en esta Ley".

[16] Apartado A, fracción VII.

paralela con otras herramientas que terminan con la discriminación en contra de ciertas categorías de personas. No podemos obligar a las personas a que entablen amistad con personas homosexuales, tampoco podemos forzarlas a que vivan en vecindad de personas indígenas; sin embargo, sí podemos sancionar a aquellas personas que se niegan a contratar a una persona por el solo hecho de ser mujer. Podemos prohibir las acciones dirigidas a limitar el acceso de ciertos bienes escasos a los indígenas.

Hay que hacer notar que el párrafo tercero del artículo constitucional en estudio prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad. Es claro que esto implica que la lista de criterios prohibidos no es limitativa y que toda aquella distinción que parezca atentar contra el principio de igualdad por intentar "anular los derechos y libertades", es decir, obstaculizar el ejercicio de éstos, deberá ser considerada inconstitucional. De acuerdo con esto, la discriminación prohibida es la que se basa en los criterios expresamente enlistados y que "tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Por ello, las distinciones que den un trato de inferioridad a determinadas personas, y limiten el ejercicio de derechos y libertades deben ser consideradas contrarias a la Constitución.

Tras ocho años de vigencia de este párrafo constitucional contamos con algunas interpretaciones importantes realizadas por el órgano máximo de control de constitucionalidad. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la garantía de igualdad implica un trato "idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias".[17] El más alto tribunal de nuestro país considera que:

> la no discriminación es una verdadera garantía individual, consistente en el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma que todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias.[18]

[17] Tesis: 2ª VI/2009, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, núm. XXIX, febrero de 2009, p. 470, Materia: constitucional, laboral. Pensión por viudez. El artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar su otorgamiento a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola las garantías de igualdad y de no discriminación.

[18] Tesis: 2ª CXVI/2007, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena

Esta tesis de la Suprema Corte advierte que el derecho a no ser discriminado debe exigirse al Estado. En concreto se ha señalado que es un mandato al legislador, pues a éste se le prohíbe que:

> en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados […] sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.[19]

Lo que hace la Suprema Corte con esta tesis es introducir en México lo que se conoce en la doctrina norteamericana como "escrutinio estricto" *(strict scrutiny)*. Este escrutinio fue diseñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para analizar las clasificaciones hechas por el legislador que utilizaran criterios raciales o de nacionalidad. Para el máximo tribunal de aquel país quedaba claro que había que tener cuidado, sobre todo, con las clasificaciones raciales, pues éstas se habían usado tradicionalmente para discriminar. Toda clasificación legislativa de este tipo sería vista como presuntamente inconstitucional. La Corte Suprema exigirá pruebas de que la clasificación está diseñada con la finalidad de conseguir un objetivo absolutamente crucial, u obedece a un interés apremiante, y que dicha clasificación se encuentra relacionada con la consecución del objetivo.[20] En México, la Suprema Corte ha usado estos criterios y señala que en aquellos casos en los que el juez constitucional analice el uso de los motivos expresamente prohibidos para discriminar tendrá que:

época, núm. XXVI, agosto de 2007, p. 639, Materia: constitucional. Garantía de no discriminación. Su protección constitucional.

[19] Tesis: 1ª 37/2008, jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, núm. XXVII, abril de 2008, p. 175, Materia: constitucional. Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

[20] Sobre el tema, véase Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 1997, pp. 142 y ss.

> En todos los casos en los que la Constitución obligue al juez constitucional a realizar un escrutinio de igualdad más cuidadoso, la aplicación de los criterios que han quedado enunciados con anterioridad debe experimentar la correspondiente modulación. Así, el juez constitucional tendrá que asegurarse, por ejemplo, de que las medidas legislativas bajo examen puedan ser vistas como medidas orientadas a alcanzar, no ya una finalidad constitucionalmente admisible –esto es, una finalidad no abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales– sino una finalidad con un apoyo constitucional claro –esto es, un objetivo constitucionalmente importante–.[21]

Hay que concluir entonces que la Constitución prohíbe usar determinados criterios clasificatorios para excluir a las personas del goce de determinados bienes, derechos o libertades. La prohibición constitucional, sin embargo, no es óbice, como deja claro la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que los motivos enumerados en el artículo 1° se usen por el legislador, siempre y cuando, su uso no implique un trato de inferioridad a las personas objeto de la norma. Ya la Suprema Corte tuvo oportunidad de declarar inconstitucional la fracción 45, segunda categoría, del artículo 226 de la Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas.

> Para la determinación de las categorías y grados de accidentes o enfermedades que den origen a retiro por inutilidad se aplicarán las siguientes tablas: […] Segunda Categoría […] 45. La seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias.[22]

Precisamente la Suprema Corte usa su test estricto de constitucionalidad para analizar la constitucionalidad de esta norma. En este caso, las normas jurídicas analizadas se declaran inconstitucionales por las siguientes razones:

> El legislador a través de dicha causa legal de retiro persigue, como finalidad consti-

[21] Amparo directo en revisión 988/2004. Engrose, p. 39.

[22] Esta fracción quedó derogada por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de noviembre de 2008.

tucionalmente válida, la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceros; sin embargo, dicha regulación implica una distinción legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas violatoria de las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud contenidas en el artículo 1°. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que carece de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, toda vez que: *1)* es inadecuada para alcanzar la finalidad mencionada, porque la ciencia médica, reflejada en distintas directrices nacionales e internacionales, ha demostrado la inexactitud de que quienes porten dichos virus sean *per se* agentes de contagio directo y en consecuencia, individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del Ejército; *2)* es desproporcional, porque el legislador, para alcanzar el mencionado objetivo, tenía a su disposición alternativas menos gravosas para el militar implicado, considerando que la legislación castrense hace posible su traslado a un área distinta, acorde a las aptitudes físicas que va presentando durante el desarrollo del padecimiento, como sucede con diversas enfermedades incurables.[23]

Estos criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido usados para determinar si las normas analizadas deben ser consideradas discriminatorias y, por tanto, inconstitucionales. Lo primero que debe hacer el juez constitucional es determinar si el objeto que pretende conseguir el legislador (y en general el Estado) se encuentra establecido por la Constitución. En realidad, estos "objetivos constitucionales" son amplísimos; pensemos, por ejemplo, en que toda política pública que busque dar cumplimiento a cada uno de los derechos fundamentales (garantías individuales) debería ser considerada como objetivo constitucional importante. El segundo requisito que el más alto tribunal ha impuesto con su test de constitucionalidad es el vínculo que debe existir entre los objetivos antes descritos y los medios establecidos para lograrlos. Lo que se busca con esto es determinar si

[23] Tesis: P/J 131/2007, jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, núm. XXVI, diciembre de 2007, p. 12, Materia: constitucional, administrativa. Seguridad social para las fuerzas armadas mexicanas. El artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la ley del instituto relativo, que prevé la causa legal de retiro por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), viola el artículo 1° de la Constitución.

la clasificación a analizar tendrá como resultado la consecución del objetivo planteado. Por último, se deberá hacer un análisis de las consecuencias de los medios utilizados para lograr los fines constitucionales. Para la Suprema Corte debe existir proporcionalidad entre las medidas y los beneficios que se buscan conseguir. En definitiva, el mal provocado por la clasificación legislativa que discrimina con base en los criterios señalados en la Constitución no deberá nunca traducirse en la violación de derechos fundamentales. No debe tampoco –agregaría– provocar exclusión de ciertas minorías.

Una vez señalada la interpretación actual del derecho a la igualad, hay que preguntarse si las acciones afirmativas, al perjudicar a ciertas personas por no pertenecer a un grupo étnico determinado, contradicen la prohibición de discriminar contenida en el párrafo tercero constitucional. Antes de contestar esta pregunta hay que señalar que este tipo de interrogantes en otros países han sido presentadas ante órganos jurisdiccionales y, posteriormente han sido contestadas por los tribunales constitucionales. En México, en cambio, no se ha presentado ningún caso de acción afirmativa a favor de indígenas que haya sido conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[24] Esto sin duda se debe a la falta de instrumentación de estas acciones, cuestión que se antoja paradójica si reparamos en el hecho de que grandes sectores de la población de nuestro país han sido discriminados de forma ininterrumpida, y poco exitosas han sido las acciones para evitar esta situación.

[24] El único caso de acciones afirmativas conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se relacionó con un sistema de "porcentaje máximo" de participación en el registro de candidatos de un solo género en cargos de elección popular. En esta tesis se señala que los artículos 20, párrafo segundo, 21, párrafos cuarto y quinto, y 26, fracciones VII y VIII, de la Ley de Instituciones Políticas Procedimientos Electorales del Estado de Coahuila de Zaragoza, al establecer un porcentaje máximo de participación en el registro de candidatos de un solo género en cargos de elección popular no se contraviene el principio de igualdad.

Tesis: P/J 58/2005, jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, núm. XXII, julio de 2005, p. 786, Materia: constitucional.

CONSTRUCCIÓN DE ACCIONES AFIRMATIVAS

Me parece que pensar en un ejemplo concreto de acciones afirmativas será la mejor forma de explicar qué son y cómo deben ponerse en marcha. Propongo diseñar una acción afirmativa que favorezca el ingreso de indígenas a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), que es sin duda la universidad más importante del país. Sólo 3% de los estudiantes de la UNAM son indígenas, no obstante que en la población general de nuestro país representan 12% y en el Distrito Federal más de 6%.

Hay que recordar que las acciones afirmativas implican un perjuicio a determinadas personas que no forman parte del grupo que se intenta beneficiar. Por ello, los criterios descritos en el apartado anterior, utilizados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar la constitucionalidad de las normas que discriminan usando los motivos establecidos por la Constitución, nos servirán como referente para un análisis previo de los hipotéticos planes de acciones afirmativas.

Las acciones afirmativas deben contar con objetivos bien construidos. Es evidente que el objetivo general será alcanzar la igualdad entre las personas y entre los grupos sociales, pues el bajo porcentaje de indígenas en la universidad es la consecuencia de la falta de igualdad de oportunidades.

Como he dicho, el uso de los criterios prohibidos por la Constitución deben estar acompañados de objetivos válidos avalados por el propio texto constitucional. En el caso que nos ocupa, la búsqueda de la igualdad a favor de los indígenas de nuestro país es un mandato del apartado B del artículo 2° de la Constitución:

> La federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinaran las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.[25]

[25] Hay que recordar que el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y las circunstancias que le sucedieron motivaron las discusiones que, en última instancia, derivaron en las reformas constitucionales de 2001. Sobre el tema, véase Miguel A. Romero Miranda, "La reforma

La promoción de la igualdad de oportunidades de los indígenas es una obligación constitucional para los diferentes niveles de gobierno. Este tipo de cláusulas son el fundamento del Estado social de derecho.[26] La Universidad Nacional Autónoma de México, como organismo autónomo,[27] no se encuentra constreñida de forma directa por esta obligación; sin embargo, es perfectamente posible que la universidad se imponga a sí misma la obligación de conseguir estos fines constitucionales;[28] sobre todo, si consideramos que la Ley Federal para Prevenir la Discriminación establece la obligación de los "órganos públicos" –entre los que se encuentra la UNAM– de adoptar "medidas que tiendan a favorecer la igualdad real de oportunidades y a prevenir

indígena o todos ponen", *El Cotidiano,* año 18, núm. 110, pp. 54-62.

[26] El artículo 9.2 de la Constitución española a la letra dice: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Sobre la interpretación de este artículo véase Andrés Ollero Tassara, "Relevancia constitucional de la igualdad", en *La Constitución española diez años después. 1978-1988*, Segunda parte, Madrid, Tapia, 1989, pp. 26-30, y Luis Sanchis Prieto, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm 22, septiembre-diciembre, 1995, pp. 9-57. Llama la atención en la cláusula general que obliga a los poderes públicos a promover la igualdad sustancial en México, que la obligación se ciña sólo a la materia indígena.

[27] El artículo 1° de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México (LOUNAM) señala: La Universidad Nacional Autónoma de México es una corporación pública –organismo descentralizado del Estado– dotada de plena capacidad jurídica y que tiene por fines impartir educación superior para formar profesionistas, investigadores, profesores universitarios y técnicos útiles a la sociedad; organizar y realizar investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y extender con la mayor amplitud posible los beneficios de la cultura. El artículo 2° establece: "La Universidad Nacional Autónoma de México tiene derecho para: I. Organizarse como lo estime mejor, dentro de los lineamientos generales señalados por la presente Ley".

[28] Artículo 2° de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación: "Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos".

y eliminar las formas de discriminación de las personas a que se refiere el artículo 4° de esta Ley".[29]

Para cumplir con lo señalado en la Constitución y en la LFPED en el ámbito indígena, la UNAM podría implementar una serie de políticas diseñadas ex profeso. La pregunta siguiente sería ¿por qué usar acciones afirmativas que impliquen una discriminación inversa? Las acciones afirmativas de este tipo son recursos que intentan terminar con obstáculos reales que impiden a ciertas personas en situación de exclusión gozar de ciertos bienes escasos de forma más o menos inmediata.

La situación de los indígenas en México es tan crítica que las medidas para revertirla deben ser realmente severas. La solución a largo plaza sería otorgar educación de calidad a los indígenas mexicanos, que los colocara en igualdad de circunstancias frente a un examen de ingreso a la UNAM o a otras universidades públicas de prestigio; sin embargo, este cambio se vislumbra a largo plazo y, por decir lo menos, incierto. Por ello, debemos buscar soluciones inmediatas al tiempo que se ejecutan políticas de igualdad de oportunidades a largo plazo.[30]

La UNAM a través de la Dirección General de Administración Escolar, podría señalar en la convocatoria de ingreso a licenciatura un programa de acciones afirmativas que favorezcan a las personas que pertenezcan a pueblos indígenas. Según el Reglamento General de Inscripción de la UNAM para cada licenciatura se establecerá un cupo para aspirantes externos para cada carrera y plantel. Dichos candidatos deberán contar con un promedio mínimo de 7 en el bachillerato y ser aceptados mediante el concurso de selección.[31] La UNAM establece un puntaje mínimo que deben obtener

[29] Artículo 15 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación: "Los órganos públicos y las autoridades federales adoptarán las medidas que tiendan a favorecer la igualdad real de oportunidades y a prevenir y eliminar las formas de discriminación de las personas a que se refiere el artículo 4° de esta Ley".

[30] Acciones como becas educativas para indígenas, escuelas de alto rendimiento para estudiantes indígenas destacados, sistemas de movilidad estudiantil que permitan que indígenas de bajos recursos estudien en escuelas privadas, entre otras.

[31] De acuerdo con el artículo 8° del Reglamento General de Inscripción, una vez establecido el cupo para cada carrera o plantel y la oferta de ingreso establecida para el concurso de selección, los aspirantes serán seleccionados según el siguiente orden: *a)* alumnos egresados de la Escuela

los aspirantes externos en el examen de ingreso. A la licenciatura en derecho en 2009, por ejemplo, ingresaron todos aquellos aspirantes que obtuvieron más de 85 puntos en el examen.[32]

Si se estableciera en la convocatoria del concurso de ingreso a las licenciaturas de la UNAM que a cada aspirante indígena se le otorgarán 10 puntos extras en el examen de ingreso, la consecuencia lógica sería el aumento del porcentaje de aspirantes indígenas aceptados en las diferentes licenciaturas; sin embargo, las plazas otorgadas a éstos en virtud del programa de acciones afirmativas han dejado a ciertos aspirantes que lograron más alto puntaje sin una de las codiciadas plazas universitarias. No obstante, estas acciones afirmativas rígidas, aun cuando parezcan afectar a personas que hubieran ingresado a la UNAM de no existir el programa señalado, no deben considerarse discriminatorias, pues la propia LFPED establece en el artículo 5°:

> No se considerarán conductas discriminatorias las siguientes:
>
> 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;
>
> […]
>
> 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.

Nacional Preparatoria y del Colegio de Ciencias y Humanidades que hayan concluido sus estudios en un máximo de cuatro años, contados a partir de su ingreso, con un promedio mínimo de siete; *b)* aspirantes con promedio mínimo de siete en el ciclo de bachillerato, seleccionados en el concurso correspondiente, a quienes se asignará carrera y plantel, de acuerdo con la calificación que hayan obtenido en el concurso y hasta el límite del cupo establecido. En cualquier caso se mantendrá una oferta de ingreso a egresados de bachilleratos externos a la UNAM.

[32] En febrero de 2009 estos fueron los resultados: Oferta: 198; aspirantes: 4292; presentaron examen: 4077; aciertos mínimos: 85; seleccionados: 198. Estos datos están disponibles en <https://servicios.dgae.unam.mx/Febrero2009/resultados/3/3050075.html>.

En definitiva, el programa hipotético que aquí señalo no implicaría afectación de "derechos de terceros", porque el ingreso a la UNAM, como en general el ingreso a la universidad, no es un derecho. Así lo considera Ronald Dworkin, cuando expresa su opinión sobre un programa similar ejecutado en la Universidad de Washington en 1971: "Es obvio que DeFunnis [aspirante blanco rechazado como consecuencia de la aceptación de un candidato negro menos cualificado] no tiene derecho constitucional alguno a que el Estado le asegure una educación jurídica de cierto nivel".[33] Este programa tampoco estaría dirigido a anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana. Todo lo contrario, su objetivo es evitar la exclusión en que vive la mayoría de los indígenas del país, otorgando la oportunidad a los aspirantes indígenas de ingresar a la UNAM.

Una vez señalado que el programa de acción afirmativa obedece a un objetivo constitucional claro, hay que comprobar que el medio escogido es el más adecuado. Para ello, habrá que aportar indicios que señalen que el apoyo a indígenas a través de nuestro programa de acciones afirmativas logrará los objetivos señalados.

Parto de la premisa de que el acceso de más indígenas a la educación superior en universidades de prestigio, como la UNAM, ayudará a lograr la igualdad. El hecho en sí de que más indígenas estudien en la UNAM ayudará a eliminar la discriminación en su contra, pues la diversidad en las aulas se reproducirá en la vida laboral. Sin duda, tal diversidad eliminaría los prejuicios entre los universitarios y crearía redes sociales que continuarían en la vida laboral. No conozco estudio en México que compruebe que la diversidad en las universidades se traduzca en diversidad en la vida laboral; sin embargo, esto ha sido ya señalado por investigaciones en Estados Unidos:

> Diversity experiences during college had impressive effects on the extent to which graduates in the national study were living racially or ethnically integrated lives in the post-college world. Students who had taken the most diversity courses and interacted the most with diverse peers during college had the most cross-racial interactions five

[33] Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 222.

years after leaving college. This confirms that the long-term pattern of segregation noted by many social scientists can be broken by diversity experiences during college.[34]

La existencia de indígenas en la universidad sería un elemento que ayudaría a eliminar la exclusión en que se encuentran. El acceso a la educación superior es un factor determinante en la construcción del futuro de los estudiantes, pues influye en "la movilidad social ascendente".[35] Esto se traduce también a situaciones económicas concretas: "Un graduado de la escuela primaria gana 50% más que una persona que jamás haya asistido a la escuela, un graduado de la enseñanza secundaria percibe 120% más, y un licenciado universitario cobra 200% más".[36]

En este trabajo he dado cuenta de la falta de instrumentación de este tipo de acciones en nuestro país. Esta ausencia es sin duda un reflejo de la poca importancia que se le ha dado al tema. Por ello, me pareció importante en primer lugar dejar claro qué debemos entender por el derecho a la igualdad a la luz de lo que establece la Constitución. Al dejar en claro en qué consiste el principio de igualdad en México y cuáles son sus límites, se allanó el terreno para proponer acciones concretas que en nuestro país intentarían luchar contra la desigualdad. Por tanto, la conclusión sería que debemos aventurarnos a crear acciones afirmativas en el ámbito de la educación como la propuesta en estas páginas, pero también serían necesarias acciones contundentes que favorezcan a indígenas en el ámbito del empleo.

[34] Patricia Gurin, *The Compelling Need for Diversity in Higher Education*, disponible en <http://www.vpcomm.umich.edu/admissions/legal/expert/empir.html> consultada el 12 de abril de 2009.

[35] *Documento de política para el cambio y el desarrollo de la Educación Superior*, París, Unesco, 1995, p. 40. La Convención contra las Discriminaciones en la Enseñanza, aprobada por la Unesco en 1960 insta a los Estados miembro a "hacer accesible a todos en condiciones de igualdad total y según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior". La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas en 1989, también pide a los Estados "hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados".

[36] Ricardo Rivas, "Logro educacional en jóvenes y clase social de origen: El caso del gran concepción.", *Ultima Década,* núm. 28, julio 2008, Valparaíso, pp. 123-142.

POBREZA Y ACCIONES AFIRMATIVAS

Carlos de la Torre Martínez

Ancladas en el principio de igualdad sustantiva, las acciones afirmativas han sido implementadas en diversos contextos políticos, sociales y culturales con el fin de remover las estructuras que mantienen a grupos de personas en una situación de discriminación. Una de sus características fundamentales es que permiten acelerar procesos sociales con miras a alcanzar una mayor igualdad en el ejercicio de los derechos humanos.[1] El punto central reside en que sin su instrumentación las estructuras sociales por sí solas harían imposible o, en el mejor de los casos, obstaculizarían y aletargarían enormemente la construcción de sociedades más igualitarias. En términos generales, las acciones afirmativas funcionan como detonadores de cambios que trastocan un sistema en el que las inercias sociales, los prejuicios culturales, las asimetrías de poder y la inequidad en la distribución de oportunidades generan contextos de discriminación y exclusión que afectan a grupos específicos de personas.[2]

Por más de cuarenta años las acciones afirmativas han sido empleadas para remediar problemas de discriminación muy diversas.[3] Han servido como instrumento

[1] Véase Dworkin Ronald, *Sovereign Virtue; The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.

[2] Véase Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia,* trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000.

[3] El término *affirmative actions*, traducido literalmente al castellano como "acciones afirmativas", fue empleado por vez primera en torno a la Civil Rights Act de 1964. En la Executive Order 10925 del 6 de marzo de 1961 el presidente John F. Kennedy empleó el término con el fin de reforzar la

para promover la igualdad entre hombres y mujeres en los espacios de toma de decisiones, para incluir a la personas con discapacidad en el mercado laboral, para integrar a las minorías raciales y lingüísticas al sistema educativo o para asegurar el acceso a la justicia de pueblos indígenas, entre otros muchos ejemplos. Las acciones afirmativas surgieron como un remedio drástico y, por lo general, polémico para hacer frente a la discriminación, por lo tanto, han tenido que adecuarse a las características y dinámicas en las que en cada sociedad concreta se presenta este fenómeno.[4]

Si bien la discriminación es universal –en el sentido de que logra expandirse en todas las épocas y culturas–, a lo largo de la historia ha adoptado rasgos diversos y particulares en función de cada contexto cultural o región geográfica.[5] Aunque todas sus manifestaciones comparten un núcleo esencial, el menosprecio y rechazo de una persona o grupo de personas por motivo de alguna cualidad o condición personales, la discriminación se particulariza de acuerdo con el contexto social en que se inscribe, y adopta rostros diversos. Las formas de discriminación no sólo han ido transformándose a lo largo de la historia, sino que incluso en la época contemporánea su dinámica es distinta en cada región del planeta. Esto se debe, sin duda, a una pluralidad de causas que pueden ir desde la constitución étnica y racial de los

obligación de los empleadores de garantizar que ninguno de sus trabajadores podía ser discriminado por motivos de raza, religión, color u origen nacional dentro del ámbito de trabajo. Cuatro años más tarde y con el fin de implementar las disposiciones antidiscriminatorias de la Civil Rights Act el presidente Lyndon B. Johnson lanzó una serie de medidas e instrumentos jurídicos mediante los cuales instruía al Comité sobre la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC) a promover que en los lugares de trabajo se adoptaran programas y acciones afirmativas para garantizar una igualdad de oportunidades en el empleo. Véase Michel Rosenfeld. *Affirmative Action and Justice; A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University, 1991, y Jo Ann Ooiman Robinson (coord.), *Affirmative Action; A Documentary History*, Westport Connecticut, Greenwood, 2001.

[4] El desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte de los Estados Unidos es fundamental para conocer los debates en torno a las acciones afirmativas. Para ello véase Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*. México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.

[5] *Cf*. Carlos de la Torre Martínez, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006. pp. 5-19.

pueblos, los niveles socioeconómicos de cada país, la diversidad religiosa, el grado de democratización y apertura política de la sociedad, hasta la historia particular de cada uno de los pueblos y el grado de civilidad y tolerancia de su cultura. Así encontramos que cada región e incluso cada país padece la discriminación de diversa manera y con distinto grado de intensidad. Los orígenes, las causas, los medios, las consecuencias y también los remedios contra la discriminación, entre los que se encuentran las acciones afirmativas, deben adecuarse a la realidad de cada uno de los países.

El problema que pretendo plantear es que, a diferencia de los países donde se han implementado en mayor medida acciones afirmativas, como Estados Unidos, los países de Europa occidental y países pertenecientes al Commonwealth, como Australia, Nueva Zelanda o Sudáfrica, en la mayoría de los países de América Latina, incluyendo México, la discriminación está marcada fuertemente por la pobreza y la desigualdad socioeconómica. Las acciones afirmativas puestas en práctica en aquellos países se han enfocado sobre todo en combatir la discriminación causada por criterios como el género, la raza, el origen étnico y lingüístico, las preferencias sexuales y la religión, sin que para ello sea especialmente relevante la condición socioeconómica de las personas.[6] Esto no implica, por supuesto, que en el plano fáctico la discriminación en esos países no coincida con el hecho de que las personas más discriminadas sean a la vez las personas más pobres de la sociedad; sin embargo, el elemento relevante en torno al cual se diseñan tales políticas no es el contexto de pobreza en que se encuentran las personas, sino otros elementos como el racismo, la xenofobia, el machismo y la intolerancia religiosa.

Mi punto es que en países fuertemente marcados por la pobreza y la desigualdad, el diseño e implementación de las políticas de acciones afirmativas debe asumir que la situación socioeconómica de las personas es uno de los principales factores de discriminación; por lo tanto, éstas deben encaminarse a remover los contextos de discriminación causados por las características y condiciones personales, por el género, el origen étnico, la religión, la lengua o las capacidades físicas, pero tam-

[6] Véase Marc Bossuyt, "El concepto y la práctica de la acción afirmativa", en *Informe final presentado de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Naciones Unidas*, E/CN.4/Sub.2/2002/21, 17 de junio de 2002.

bién por la situación de pobreza que enfrentan las personas. Esta perspectiva nos obliga a replantear algunos términos del debate tradicional en torno a las acciones afirmativas y realizar un esfuerzo por adecuarlas a un contexto social que presenta características propias y distintas de aquellos países en los que han tenido mayores éxitos. Bajo esta misma línea, quisiera analizar las conexiones entre los programas de combate a la pobreza y las políticas de acciones afirmativas, así como explorar la pertinencia de articular dichos programas bajo el esquema de políticas de acciones afirmativas a favor de las personas pobres. Para ello trataré de responder las siguientes interrogantes: ¿podemos considerar que la pobreza y la desigualdad en sí mismas son causas generadoras de discriminación?, ¿las personas pobres son discriminadas por el hecho de ser pobres o lo son debido a otras características y condiciones personales?, ¿cómo operan las acciones afirmativas frente al fenómeno de la pobreza?, ¿qué ventajas tenemos al articular los programas de combate a la pobreza bajo la lógica de las acciones afirmativas?

POBREZA Y DISCRIMINACIÓN

En tanto que el ejercicio de los derechos humanos está condicionado por el nivel socioeconómico de las personas, en México –y en la mayoría de los países de América Latina–, la pobreza y la inequidad en la distribución del ingreso constituyen una de las principales causas que generan discriminación. Una de las conclusiones a las que llegó en 2003 el estudio sobre *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo es, precisamente, que los niveles de pobreza y desigualdad en la región constituyen el principal reto de las democracias en América Latina porque impide que las personas pertenecientes a los grupos más excluidos se expresen como ciudadanos con plenos derechos y de manera igualitaria en el ámbito público, lo que pone en riesgo la cohesión de las sociedades latinoamericanas.[7]

[7] *Cf.* Dante Caputo (coord.), *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Perú, Programa de las Nacionaes Unidas para el Desarrollo, 2004. p. 28.

La dimensión de la pobreza en América Latina sigue siendo muy alta. Según información de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe en 2007, 184 millones de personas en la región (34.1% de sus habitantes) vivían en situación de pobreza, mientras que de ellas 68 millones (12.6%) enfrentan una situación de extrema pobreza.[8] Los efectos de la pobreza se sobredimensionan si sumamos que América Latina sigue siendo la región más desigual del planeta. En promedio el quintil de mayores recursos mantiene un ingreso 20 veces mayor que el ingreso que perciben las personas ubicadas en el quintil de menores ingresos.[9] En nueve países, entre los que se encuentra México, la estructura distributiva se ha mantenido prácticamente intacta en los últimos años, mientras que en países como Guatemala, Honduras y República Dominicana la desigualdad se ha incrementado.

Para poder determinar cómo genera la pobreza diversas situaciones de discriminación, el primer paso es superar un concepto estrecho de pobreza, bajo el cual se entendiende como una mera situación de carencia de recursos económicos, para luego adoptar un concepto amplio e integral en el que además de tomar en cuenta las consecuencias lógicas derivadas de la restricción de recursos se contemple la relación que guarda la pobreza con los derechos y libertades fundamentales de las personas.[10] En este sentido Amartya Sen ha desarrollado un concepto de pobreza estrechamente vinculado con la idea de capacidad y de libertad humana.[11] Al definir la pobreza como "la privación de capacidades básicas para alcanzar determinados niveles mínimamente aceptados de desarrollo humano"[12] Amartya Sen no sólo pretende aportar una solución al debate sobre la relatividad de la pobreza, estableciendo que el acceso a ciertos bienes básicos como una alimentación suficiente, estar adecuadamente vestido y albergado, evitar la morbilidad prematura, participar en

[8] *Cf. Panorama social de América Latina 2008*, Nueva York, Comisioón Econoómica para América Latina, 2008, pp. 8-9.

[9] *Ibidem*, pp. 19-20.

[10] Véase Paul Hunt, Manfred Nowak y Siddiq Osmani, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza: un marco conceptual*, Ginebra/Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2004.

[11] Véase, entre otras obras del autor, *The Standard of Living*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, y *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford, Claredon Press, 1981.

[12] *Cf.* Amartya Sen, *Inequality Re-examined*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, p. 107.

la vida de una comunidad y poder aparecer en público con dignidad pueden ser considerados como criterios objetivos y universales para medir la pobreza, sino que al situar el término de *capacidades* en el centro de la definición de la pobreza la vincula directamente con los *derechos humanos*.[13] El concepto de capacidades se identifica con el de derechos humanos debido a que la función principal de éstos es garantizar y, en su caso, hacer exigible el que todas las personas puedan contar con los bienes que les permiten no sólo satisfacer sus necesidades básicas, sino, además, potencializar sus facultades personales para desarrollarse plenamente y alcanzar sus objetivos en un marco de libertad.[14] Las personas pobres, por lo general, están privadas del acceso al sistema educativo, de una alimentación adecuada, de servicios de salud, de medicamentos básicos, de una vivienda con los servicios indispensables, de un trabajo estable y bien remunerado, de la tenencia segura de la tierra, así como de otros factores como los servicios financieros, las nuevas tecnologías, la información y la cultura.[15] Estas privaciones les impiden ejercer su libertad plenamente, los mantiene atados a las necesidades más básicas, y su vida entera parece agotarse en una lucha constante por salir de esa situación de postración.[16]

La pobreza y la discriminación se entrecruzan cuando en el fondo de una situación en la que las personas ven restringidos sus derechos por motivo de su condición económica y falta de oportunidades subyacen estructuras que, o generan desventa-

[13] Véase Amartya Sen, *Development as Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

[14] Sobre la relación entre pobreza y derechos humanos véase el estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Paul Hunt, Manfred Nowak y Siddiq Osmani, *op. cit. supra* n. 10.

[15] En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declara: "A veces la pobreza surge cuando las personas no tienen acceso a los recursos existentes por ser quienes son, creer lo que creen o vivir donde viven. La discriminación puede ocasionar pobreza, del mismo modo que la pobreza puede ocasionar discriminación". Véase. *La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, declaración aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 4 de mayo de 2001. (E/C.12/2001/10).

[16] *Cf*. Rebeca Gynspan Mayufis, *Introducción a las políticas de superación de la pobreza*, Santo Domingo, República Dominicana, Centro para el Desarrollo Agropecuario y Forestal, 2008. Esta autora también propone una definición de la pobreza, donde destaca el concepto de privación de capacidades.

jas injustificadas entre las personas o son incapaces de remediar las situaciones de desigualdad fáctica que existe entre ellas.[17]

La desigualdad socioeconómica no se refiere sólo a una diferencia en el ingreso y el consumo de las familias, sino que, como consecuencia inmediata, abarca también la desigualdad en el nivel de vida de las personas, en sus capacidades, en las oportunidades de desarrollo, en el nivel de participación, en definitiva, en el ejercicio de sus derechos y libertades. Por ello, la desigualdad se constituye como generador de distintos contextos de discriminación. En los países de América Latina la desigualdad llega a ser de tal magnitud que no es exagerado hablar de mundos completamente distintos, en los que, según el estrato social al que pertenecen, las personas presentan diversas concepciones de la vida, distintas problemáticas y una gran variedad de esquemas vitales de comportamiento. La primera consecuencia es la fragmentación de la sociedad en distintas clases sociales muy delimitadas y, por lo tanto, poco cohesionadas, pero también, a medida que la brecha socioeconómica se agudiza, se presenta una fuerte tensión social, que a fuerza de tornarse insostenible, amenaza la convivencia y la paz social.

El que la desigualdad sea integral, en el sentido de que abarca todas las esferas vitales de la persona, conlleva a que la enorme disparidad en las capacidades y oportunidades entre las personas se perpetúen a lo largo de generaciones. La desigualdad en el ejercicio de derechos como el derecho a la alimentación, a la justicia, al agua, a la educación, al trabajo, a la participación política o a la salud, están tan íntimamente vinculadas e interrelacionadas entre sí que la deficiencia en el acceso de uno de estos derechos implica casi de forma necesaria la privación o el acceso insuficiente respecto de los demás. Con ello, es común que las personas pobres se vean envueltas en un círculo vicioso en el que se torna sumamente difícil superar la situación de marginación y exclusión en que se encuentran. Mientras que, por otra parte, se crean ciertos círculos virtuosos en los que el sector de mayores ingresos de la población se encuentra en mejor posición para ejercer sus derechos humanos y gozar de mejores oportunidades de desarrollo, lo cual en ocasiones les asegura mantener su posición socioeconómica privilegiada.

[17] *Cf*. De la Torre Martínez, *op. cit. supra* n. 5, pp. 273-283.

En este contexto, se puede afirmar que en la mayoría de los países de la región la discriminación alcanza una dimensión estructural, es decir, la discriminación que sufren las personas no sólo tiene como origen las actitudes y comportamientos discriminatorios de otras personas e instituciones, sino que la estructura social, política, económica, jurídica y cultural de la sociedad está dispuesta de tal forma que de manera sistemática un amplio conjunto de personas, fácilmente identificables, padecen la discriminación y la exclusión por el simple hecho de formar parte de un determinado grupo social, en este caso, por ser personas pobres.[18]

Según una encuesta reciente elaborada por el Latinobarómetro sobre la percepción de la exclusión y la inclusión social, las personas más pobres en la región dejan ver mayores sentimientos y percepciones de exclusión en relación con las personas que se encuentran fuera de la línea de pobreza.[19] En los 18 países que se realizaron encuestas se coincide en que los factores de inclusión social están íntimamente vinculados con el nivel socioeconómico de las personas, pues se considera que aspectos tales como: tener una profesión, contar con ingresos propios, tener una propiedad, acceder a educación superior, usar una computadora y hablar un idioma extranjero, son cruciales para supera la exclusión social.

Las personas pobres no sólo son discriminadas por el contexto de pobreza en el que se encuentran; en torno a ellas se suman otros factores por los cuales también pueden llegar a ser objeto de discriminación. Una mujer indígena en México es discriminada

[18] Iris Marion Young trabaja sobre el concepto de *opresión estructural* para definir la situación de injusticia que se vive en Estados Unidos. La autora define *opresión estructural* como:

> la opresión designa las desventajas e injusticias que sufre alguna gente no porque un poder tiránico la coaccione, sino por las prácticas cotidianas de una bien intencionada sociedad liberal […] La opresión se refiere a los impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano. La opresión así entendida es estructural y no tanto el resultado de las elecciones o políticas de unas pocas personas. Sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas. *Cf.* Young, *op. cit. supra* n. 2, pp. 74-75.

[19] *Cf. Panorama Social de América Latina 2008*, Santiago, Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2008, p. 21-23.

por ser mujer, por ser indígena y, en la gran mayoría de las ocasiones, también se le discrimina por ser pobre. Lo mismo sucede con una persona que además de ser pobre padece algún tipo de discapacidad, recayendo en ella diversos factores de discriminación. Incluso la situación de discriminación que sufre una persona con discapacidad se agrava aún más por su condición socioeconómica desfavorable, pues si bien una persona con discapacidad que cuenta con recursos económicos no está exenta de ser discriminada, también es verdad que el contar con suficientes medios económicos puede aminorar su grado de exclusión al allegarse por sus propios medios de los instrumentos y herramientas que le permiten ejercer sus derechos. Lo mismo sucede con una persona que es discriminada por su orientación o preferencia sexual, con una persona que tiene VIH/sida o con una persona extranjera. Las consecuencias que se derivan de la discriminación que padecen se pueden intensificar o aminorar en función de su nivel socioeconómico.

El punto más delicado es analizar si la pobreza puede ser un motivo en sí mismo de discriminación o sólo opera como un elemento que agrava una situación de discriminación. Si mantenemos el enfoque de derechos y, por lo tanto, sostenemos que la discriminación tiene como consecuencia la quiebra del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos humanos, es posible afirmar que en sociedades como la mexicana las personas pobres, por el simple hecho de ser pobres, experimentan una desventaja injustificada en el ejercicio de sus derechos humanos. Esto se puede constatar por medio de diversos indicadores que manifiestan que las personas pobres, independientemente de si son mujeres, personas adultas mayores, personas indígenas, personas pertenecientes a minorías religiosas o con algún tipo de discapacidad, por lo general, tienen acceso a una alimentación insuficiente, a una educación de menor calidad, a condiciones más precarias de trabajo, a una vivienda inadecuada, padecen de mayores obstáculos para acceder a fuentes de financiamiento, de información, ven restringido el acceso a mecanismos para exigir y hacer justiciables sus derechos o a participar y ser tomados en cuenta en el diseño de las políticas públicas, entre otros derechos. No es poco común que en México una persona ubicada en la categoría de los grupos "hegemónicos" –por ejemplo, un varón joven, de tez blanca, de religión católica, heterosexual etc.– llegue a ser discriminado en el ejercicio de sus derechos humanos por motivo de su situación económicosocial.

Otro paso que se debe superar consiste en determinar si las personas pobres se constituyen y pueden ser consideradas como un grupo sujeto de discriminación. Las con-

diciones o características por las cuales los instrumentos internacionales y las normas de los Estados prohíben discriminar a una persona coinciden con el elemento de pertenencia o adscripción de la persona a un grupo de personas determinado. De hecho, la lógica de la discriminación por lo general es menospreciar a la persona por su pertenencia a un grupo específico sobre el que se construyen diversos estereotipos y estigmas. La dinámica de la discriminación es alimentada por el odio que se tiene al grupo en cuanto tal o, más bien, a la imagen simbólica que se ha construido en torno a él y, no tanto, por el odio o resentimiento que se tiene a la persona que sufre el acto discriminatorio. Cuando grupos o pandillas xenófobas atacan a una persona migrante en la calle o cuando se restringe el acceso a ciertos espacios y servicios a las personas pertenecientes a minorías raciales, es claro que la intención que está en el fondo no es sólo la de producir un daño a una persona concreta sino atacar al grupo al cual pertenece la persona.

Para poder determinar si las personas pobres constituyen un grupo o no, lo primero es determinar qué entendemos por grupo. Esta cuestión ha sido debatida ampliamente en la filosofía social, pero se carece de un consenso generalizado. Tomo la definición de grupo planteada por Iris Marion Young, en la cual un grupo social:

> es un colectivo de personas que se diferencia de al menos otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida. Los miembros de un grupo tienen afinidades específicas debido a sus experiencias o formas de vida similares […] Los significados de grupo constituyen parcialmente la identidad de la gente en términos de la forma cultural, la situación social y la historia que los miembros del grupo conocen como suya, sea porque estos significados les han sido impuestos o porque han sido forjados por ellas, o por ambas cosas.[20]

El sentimiento de identidad que puede surgir entre las personas pobres y los excluidos sociales no parece tener la misma fuerza que el que puede surgir entre los miembros de los pueblos indígenas o de minorías raciales o religiosas. Tampoco podríamos apelar a la identidad de clase como elemento de vinculación entre los pobres, pues tradicionalmente la categoría de clase se ha centrado en una mera dimensión económica y se

[20] *Cf.* Young, *op. cit. supra* n. 2, pp. 78-79.

ha empleado sobre todo para denominar la conciencia común de los trabajadores en las sociedades industriales. En la sociedad postindustrial, la pobreza abarca otros muchos grupos humanos y afecta a otros segmentos de la economía como los jornaleros agrícolas, los comerciantes informales, los desempleados, las personas que trabajan en los servicios y que reciben sueldos bajos, personas adultas mayores, niños y niñas, etc. Sin embargo, las personas pobres si pueden compartir experiencias vitales comunes de privaciones materiales, de exclusión social, de vulnerabilidad ante desastres naturales o crisis económicas, de explotación de su creatividad y fuerza de trabajo, de no ser escuchados y tomados en cuenta y de ver restringidas sus oportunidades de desarrollo. A partir de esta experiencia vital compartida se puede construir la identidad para reconocerse como un grupo específico que sufre discriminación, aunque, por supuesto, esta conciencia no elimina otras identidades que las personas puedan llegar a tener con otro grupo de personas y, por las cuales también pueden llegar a ser discriminadas.

ACCIONES AFIRMATIVAS FRENTE A LA POBREZA

Al menos podemos identificar dos dimensiones o ámbitos en el que la pobreza es relevante para la aplicación de las acciones afirmativas. La primera de ellas se refiere a la adopción de un enfoque que tome en cuenta la situación de pobreza de las personas al momento de llevar a cabo una acción afirmativa, mientras que el segundo ámbito abarca aquellas acciones afirmativas dirigidas expresamente a remover el contexto de discriminación, del cual la pobreza es su causa eficiente.

En el primer caso se parte del supuesto de que la pobreza puede sumarse a otras causas que generan discriminación, como el machismo, la xenofobia, el racismo, la homofobia, etc. Si al momento de diseñar e implementar una acción afirmativa a favor de estos grupos no se es sensible a la situación de pobreza que algunos de sus miembros padecen, es posible no sólo que la acción afirmativa tenga efectos parciales entre los miembros del grupo discriminado, sino incluso que se generen relaciones asimétricas al interior del grupo. Por ejemplo, un conjunto de cuotas que busquen restablecer la equidad de género en el ámbito de la participación política, puede llegar a eliminar la discriminación por motivo de género y remediar la situación de infrarrepresentación que, por ejemplo, experimentan las mujeres. Sin embargo, si no se toma en cuenta que dentro del grupo de mujeres puede haber

grandes disparidades socioeconómicas y de acceso a oportunidades de desarrollo, tendremos como resultado que las mujeres que se encuentran en situación de pobreza difícilmente se podrán beneficiar en la misma medida de las acciones afirmativas. Este ejemplo puede extenderse a las minorías raciales o religiosas, a las personas con discapacidad e, incluso, a los pueblos indígenas. La ineficacia de las acciones afirmativas que no son sensibles a la situación de pobreza de algunos de los miembros de los grupos discriminados resulta proporcional al nivel de inequidad en la distribución de la riqueza en un país determinado.

En el segundo ámbito, de lo que se trata es de implementar acciones afirmativas directamente enfocadas a las personas pobres y, precisamente, para remediar la situación de discriminación que padecen por motivo de su condición socioeconómica.

Las acciones afirmativas han buscado diversos objetivos de acuerdo con el tipo de discriminación que buscan remediar. A partir de los objetivos que persiguen es posible al menos identificar tres tipos de acciones afirmativas: *a)* las que buscan *compensar* o *remediar* una situación de injusticia o discriminación del pasado; *b)* las que pretenden modificar las estructuras sociales imperantes mediante la implementación de nuevos esquemas de relación entre los grupos sociales, tratando de eliminar las asimetrías entre ellos y restableciendo relaciones más equitativas, y *c)* las que tienen por finalidad alcanzar mayor *representación* de los grupos que padecen discriminación.[21]

Las acciones afirmativas dirigidas a remediar una situación de pobreza deben cumplir con estos tres objetivos. Deben buscar remediar y eliminar contextos de exclusión y marginación que las personas pobres han experimentado en el pasado y que siguen restringiendo el acceso a los beneficios sociales; requieren trastocar las relaciones sociales mediante la eliminación de las relaciones de explotación y la disminución de las asimetrías de poder; finalmente, necesitan garantizar oportunidades equitativas de acceso a puestos de representación, participación y toma de decisiones, a través del empoderamiento de las personas pobres. Estos tres objetivos se pueden alcanzar por la vía del principio de la universalidad de los derechos humanos.

[21] *Cf*. De la Torre Martínez, *op. cit. supra* n. 5, pp. 180-183.

Las acciones afirmativas buscan como objetivo o fin último promover una igualdad sustancial entre los miembros de la sociedad y los grupos a los cuales pertenecen. La mejor manera de representar este ideal es a través del principio de la universalidad de derechos, es decir, de la exigencia ética y jurídica de que todos los seres humanos sin distinción gocen de los mismos derechos fundamentales. La igualdad sustancial no sólo declara que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera, sino que, por una parte, dota de contenido a la exigencia de la igualdad mediante el establecimiento de ciertas condiciones mínimas, ya sean materiales o espirituales, que todas las personas deben tener para partir de un mismo punto de arranque y, por otra parte, es plenamente consciente de las desigualdades de hecho entre los seres humanos e intenta remediarlas con el fin de que todos puedan alcanzar las condiciones mínimas necesarias para desplegar sus atributos y capacidades.

En este sentido, la igualdad sustancial promovida por las acciones afirmativas no se contenta con la simple declaración formal de la igualdad de todos ante la ley ,bajo la cual se permiten las enormes desigualdades de hecho que existen entre las personas, ni tampoco se mantiene pasiva ante las estructuras que tienden a perpetuar las asimetrías en el ejercicio de los derechos humanos. Por el contrario las acciones afirmativas correctamente aplicadas y comprendidas pretenden trastocar las relaciones sociales y, de manera drástica e invasiva del *status quo*, alcanzar la igualdad de todas las personas en el ejercicio de sus derechos humanos.

El denominado *enfoque de derechos humanos* aplicado a la realidad de la pobreza sostiene firmemente que la vía idónea para que las personas superen los contextos de pobreza en que se encuentran es garantizando el acceso y ejercicio de todos sus derechos humanos. En términos prácticos esto se traduce en el acceso a una educación de calidad, a un trabajo decente, una vivienda adecuada, a servicios de salud y a poder gozar de un medio ambiente sano. Pero también, es fundamental que tengan acceso a la información, a la justicia, que puedan asociarse, expresarse y manifestarse libremente, que su integridad personal sea respetada y que puedan participar en las decisiones que les afectan.

Lo característico de las acciones afirmativas aplicadas a remediar la discriminación causada por la pobreza es garantizar el acceso a los derechos humanos de las personas pobres mediante el otorgamiento de un trato preferencial, el cual, en ocasiones,

puede consistir incluso en una discriminación inversa que afecta al grupo de personas con mayores ingresos económicos y mejores oportunidades de desarrollo.

La modalidad de estas acciones afirmativas realmente no es ajena a nuestro contexto latinoamericano, pues consiste en políticas ampliamente conocidas, como un sistema de becas para niños y niñas provenientes de familias de escasos recursos que de otra manera no podrían continuar en el sistem a educativo; la subvención de servicios básicos, como luz, agua, transporte público en beneficio de los hogares y las personas más pobres o la exención de impuestos a las personas que tienen ingresos bajos. La cuestión es que este tipo de políticas no han sido configuradas bajo el esquema lógico y conceptual de las acciones afirmativas, sino más bien, con base en el esquema de políticas públicas para combatir la pobreza, o en muchas ocasiones, como medidas populistas enmarcadas en el esquema del clientelismo político.

Es necesario analizar finalmente qué relación hay entre este tipo de políticas y las acciones afirmativas y qué ventajas y desventajas podría implicar conceptualizarlas como acciones afirmativas.

POLÍTICAS DE COMBATE A LA POBREZA Y ACCIONES AFIRMATIVAS

La década de los ochenta en América Latina es conocida como la "década perdida" debido a la crisis económica y social que vivió la región. La crisis no sólo provocó un gran incremento en la tasa de pobreza, de 40.5% en 1980 pasó a 48.3% de la población en 1990, también dio pie para que organismos financieros internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, condicionaron los créditos a la región a cambio de la aplicación de políticas económicas mejor conocidas como *medidas de ajustes estructurales* emanadas del famoso Consenso de Washington.[22] Se proponía un paquete de medidas para las economías de la región basado en tres elementos: *a)* estabilidad macroeconómica, *b)* liberación del mercado (reducción arancelaria y desregulación de los mercados), y *c)* privatización de empresas y servicios públicos.[23]

[22] *Cf*. Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Nueva York, W. W. Norton, 2003.

[23] Grynspan Mayufis, *op. cit.* supra n. 16, p. 21.

Uno de los muchos impactos negativos que han tenido las políticas de ajuste estructural en la situación de los derechos humanos en la región se refiere a la crisis y desmantelamiento progresivo del Estado de bienestar. La década de los noventa no sólo es la década de las grandes privatizaciones en la región, sino también marca el inicio de una contracción en la infraestructura del Estado, responsable de garantizar el acceso universal a derechos como la educación, la salud, el agua, la seguridad social, el transporte público, la vivienda, etc. El Consenso de Washington privilegió el mercado sobre el Estado como palanca de desarrollo, dio prioridad al sector privado sobre el público en la administración de recursos y servicios públicos y adoptó la tesis del "goteo" en relación al combate a la pobreza, la cual sostiene que lo importante en el combate a la pobreza es el potenciar a toda costa el crecimiento económico de los países, pues se supone que a medida que se genere más y más riqueza, ésta empezará a desparramarse sobre los sectores más desfavorecidos y de esa forma se reducirá la pobreza. Hoy en día se ha demostrado que el mero crecimiento económico es una cuestión necesaria pero no suficiente para reducir la pobreza, que en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas no hay mecanismos eficientes de transmisión y distribución equitativa de beneficios.[24] Sin embargo, durante la década de los noventa se trató de abordar el problema de la pobreza mediante acciones y políticas focalizadas que pudieran paliar y atemperar la pobreza extrema. La lógica sobre la que se basaban estas políticas se justificaba a partir de la afirmación en torno a la ineficacia y despilfarro de las políticas del Estado de bienestar. La idea era dejar de gastar en mantener estructuras burocráticas desproporcionadas e inútiles y utilizar los recursos de manera estratégica atendiendo a la población más pobre.

En un principio la política social se entendió como un paquete de servicios básicos o mínimos ofrecidos a los pobres, que sin duda les ayudarían a paliar su situación de pobreza, pero que los seguía manteniendo en la marginalidad. Se trataba realmente de políticas asistencialistas, "caracterizadas por la asignación de subsidios a las familias pobres que les permiten obtener ingresos adicionales por lapsos indeterminados y de forma incondicionada, bajo esquemas que no conducen a ayudarles a romper con las causas que determinan su condición socioeconómica".[25] Este tipo de políti-

[24] *Ibidem,* p. 44.
[25] *Idem.*

cas acarrea, además, la generación de dependencias entre la población más pobre y las instituciones del Estado, inhibe las capacidades y potencial de las personas y fomenta el clientelismo político.

Comparar este tipo de políticas de combate a la pobreza y las políticas de acciones afirmativas nos deja ver que a pesar de que tienen ciertas coincidencias en cuanto a las modalidades y dinámica de implementación, la lógica de fondo entre ellas es radicalmente diferente. En efecto, este tipo de medidas asistencialistas de combate a la pobreza benefician a un grupo determinado de personas que por sus condiciones socioeconómicas se encuentran en una situación de discriminación y exclusión. La decisión de llevarlas a cabo implica un cierto trato preferencial a favor de las personas pobres, al menos, en cuanto, a la disposición de los recursos públicos, es decir, se establece un trato desigual entre las personas más pobres y otras personas que se ubican en los estratos medios o medios bajos de la escala económica, estableciendo ciertas ventajas a los que se ubican en la pobreza extrema. Sin embargo, estas políticas se distinguen de manera importante de las acciones afirmativas en tanto que o no fueron articuladas y no han resultado eficaces para romper con el círculo de la pobreza y fomentar que las personas puedan dar un salto cualitativo con el fin de abandonar su situación de exclusión. Ya se ha mencionado que las acciones afirmativas deben tener el fin de incluir a las personas en la dinámica social, de reducir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, de redefinir y reducir las asimetrías de poder que tienen con el resto de las personas, de asegurar su debida participación en las decisiones que les afectan, en resumen, de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos humanos. Ahora bien, que las políticas focalizadas de combate a la pobreza de corte asistencialista sean contrarias a la razón de ser de las acciones afirmativas, no implica que éstas y, sobre todo, su espíritu y objetivo último, no puede servir como referente y modelo para desarrollar otro tipo de política social. De hecho, en años recientes, se ha dado una importante evolución en torno a las políticas de combate a la pobreza y en algunos países se han producido transformaciones muy interesantes en la forma de concebir e implementar estas políticas.

Gradualmente la política social ha ido incorporando algunos elementos que las acercan en forma y fondo a las acciones afirmativas. Parten de diagnósticos previos en los que se hace un análisis de prioridades, no sólo se enfocan a grupos en situación de discriminación y exclusión, sino que además se enfocan en potenciar los aspectos que permiten remover los contextos de discriminación, plantean metas concretas,

indicadores de medición de resultados, toman en cuenta la multidimensionalidad de la discriminación y de la pobreza y por ello adoptan un enfoque integral mediante el cual tratan incidir en diversas dimensiones y capacidades de la personas y sus familias, establecen mecanismos de participación y rendición de cuentas mediante los cuales las personas pobres ya no sólo son objeto de las políticas sino sus principales sujetos y actores principales, se busca blindarlas políticamente y, finalmente, el punto que me parece más importante, tratan de adoptar un enfoque de derechos humanos.

El enfoque de derechos humanos aplicado a las estrategias de combate a la pobreza implica no sólo que su finalidad sea la de garantizar el acceso y ejercicio de las personas pobres de sus derechos humanos, sino, de manera complementaria, la adopción de principios fundamentales derivados de la "filosofía" misma de los derechos humanos, que acompañan todo el proceso de diseño, ejecución, evaluación y revisión de las políticas públicas. Algunos de estos principios son: el de no discriminación, el de transparencia, de rendición de cuentas, de participación y de empoderamiento.

La ventaja más importante en comprender este tipo de políticas bajo el esquema de acciones afirmativas consiste en que de esta manera las políticas de combate a la pobreza encuentran una sólida justificación a partir del derecho a la no discriminación y del principio de igualdad sustantiva de derechos. A partir de esta relación, entra en juego el marco nacional e internacional de protección de los derechos humanos. Las políticas de combate a la pobreza se tornan en una cuestión de derechos humanos que rebasa las tendencias partidistas e ideológicas de la administración en turno, se impone ante los diversos modelos económicos que adoptan los Estados y se convierten en prioridades de alto nivel para los gobiernos en turno. Además, las personas pobres dejan de ser meros beneficiarios y receptores de las políticas y adquieren el poder jurídico de exigir e, incluso, hacer justiciable el cumplimiento y la eficacia de tales políticas.

Estas políticas, al igual que las acciones afirmativas deben llevarse a cabo de manera complementaria con otro tipo de medidas de combate a la pobreza, como la reducción de las disparidades en el ingreso a través de la política fiscal, una política eficiente de protección del medio ambiente, el fomento a la creación de fuentes de trabajo y la dignificación de los ya existentes, así como del fortalecimiento de la infraestructura y capacidad del Estado de garantizar el acceso universal a ciertos derechos humanos, especialmente, los derechos económicos, sociales y cultura-

les. Sobre este punto, es importante tomar en cuenta que no existe realmente una disyuntiva entre la política social selectiva o focalizada y el acceso universal de los derechos a partir de los servicios que presta el Estado. Ambos esquemas de política social son complementarios y necesarios, sobre todo en aquellos países en que la pobreza es tan extrema que las personas pobres no podrían por su propia acción acceder ni siquiera a los servicios universales prestados por el Estado.

RESUMEN CURRICULAR DE LOS AUTORES

MICHEL ROSENFELD

Profesor de derechos humanos y director del Programa de Teoría Constitucional Global y Comparada de la Escuela de Derecho de la Universidad Yeshiva en Nueva York. Es autor de *Interpretaciones: derecho entre la ética y la política*, y de *Justicia y acciones afirmativas: un estudio filosófico y constitucional*, cuyo primer capítulo se presenta aquí.

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España. Es autor de *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, de gran influencia en Iberoamérica, publicado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. En 2007 obtuvo el premio Francisco Tomás y Valiente, otorgado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por su trabajo *Eutanasia y derechos fundamentales*.

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Profesora titular de derecho del trabajo y de la seguridad social del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra. Su campo principal de investigación ha sido la no discriminación de la mujer en el ámbito laboral Es autora de *Acción positiva*.

DAVID GIMÉNEZ GLÜCK

Profesor de derecho constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. En el mundo académico se ha especializado en el análisis constitucional del principio de igualdad, sobre el que ha publicado dos libros: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa* y *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*.

ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Ha escrito numerosos artículos de teoría del derecho y de filosofía política. Es autor de *Filosofía del derecho en modelos históricos. De la Antigüedad a los inicios del constitucionalismo* y es coautor de *Laicismo y constitución*.

MARIO SANTIAGO JUÁREZ

Profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, donde coordinó la licenciatura en derecho. Es autor de *Igualdad y acciones afirmativas* (2007), publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

CARLOS DE LA TORRE

Abogado de la Oficina en Guatemala de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha sido profesor en la Universidad Panamericana, campus México. Su libro *Derecho a la no discriminación* fue publicado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Consejo Nacional para prevenir la Discriminación.

Acciones afirmativas del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación se terminó de imprimir en junio de 2011 en los talleres gráficos de Corporación Mexicana de Impresión S.A. de C.V.; General Victoriano Zepeda N° 22, Col. Observatorio C.P. 11860 México, D.F. Tirándose 1,000 ejemplares más sobrantes para reposición.