



**Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014 / 2015**

**PERSIGUIENDO LA IGUALDAD:
LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA**

(The Pursuit of Equality: The Affirmative Action)

Realizado por el alumno D. Eduardo Fuentes Boyano

Tutorizado por el profesor Dr. D Juan Antonio García Amado

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN. ABSTRACT. | 5 |
| INTRODUCCIÓN. | 7 |
| OBJETO DEL TRABAJO. | 9 |
| METODOLOGÍA. | 10 |
| | |
| I. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA. Categorías generales. | |
| 1.1 Concepto. | 13 |
| 1.2 Características. | 16 |
| 1.3 Fundamentos. | 18 |
| 1.4 Efectos positivos: Las bondades de la D. P. | |
| 1.4.1 La función integradora. | 20 |
| 1.4.2 La justicia Social. Funciones redistributivas. | 21 |
| 1.4.3 La paz social. | 23 |
| 1.5 Efectos perversos: El problema de los límites de la D.P. | 24 |
| 1.5.1 La igualdad de oportunidades como límite. La meritocracia. | 24 |
| 1.5.2 Ineficacia, ineficiencia y desincentivación. | 25 |
| 1.5.3 La necesidad de limitación temporal. | 27 |
| | |
| II. EL DERECHO COMPARADO. Modelos de discriminación positiva en el mundo. | |
| 2.1 El modelo estadounidense. Los pioneros. | |
| 2.1.1 Desarrollo histórico y legislativo. | 31 |
| 2.1.2 Las críticas al modelo desde la Jurisprudencia. Desde el caso <i>Bakke</i> hasta <i>Schuette</i> . | 36 |
| 2.1.3 La salud de la legislación antidiscriminatoria en Estados Unidos. Estado de la cuestión. | 40 |
| 2.2 La Unión europea. La D.P. en el estado de bienestar. | |
| 2.2.1 Políticas de la U. E. | 43 |
| 2.2.2 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. | 45 |
| a) El caso <i>Kalanke</i> . | 45 |
| b) El caso <i>Marschall</i> . | 46 |
| c) El caso <i>Badeck</i> . | 47 |
| 2.3 La India. El modelo del Tercer Mundo | |
| 2.3.1 La compleja naturaleza del modelo indio. | 48 |
| 2.3.2 Evolución y principales medidas. | 49 |

| | |
|--|----|
| 2.3.3 Resultado y contraposición a los modelos occidentales. | 50 |
| III. ESPAÑA. Una singularidad europea. | |
| 3.1 Los antecedentes preconstitucionales | |
| 3.1.1 Primeros atisbos | 55 |
| 3.1.2 La Segunda República | 56 |
| 3.1.3 La regresión: el Franquismo | 56 |
| 3.2 La Constitución Española de 1978 | |
| 3.2.1 Panorama general posconstitucional | 59 |
| 3.2.2 La mujer. | 61 |
| a) El caso <i>INSALUD</i> . | 61 |
| b) El caso <i>Fontaneda</i> . | 63 |
| c) La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. L.O. 3/2007. | 64 |
| 3.2.3 Otros colectivos. | 66 |
| a) Minorías étnicas (Los gitanos). | 66 |
| b) Los discapacitados: el caso <i>Gobierno Autónomo de Canarias</i> . | 68 |
| 3.2.4 Corolario: la jurisprudencia constitucional española y la deriva actual. | 69 |
| IV. CONCLUSIONES. | 75 |
| BIBLIOGRAFIA. | 78 |

RESUMEN

La discriminación positiva es una cuestión controvertida surgida en el seno de las sociedades modernas desde de hace más de un siglo. Es un instrumento indispensable para alcanzar una igualdad material entre los miembros de las comunidades o, al menos, la igualdad de oportunidades de los mismos. Esta ansiada igualdad pretendida por las sociedades en las que reina un estado de derecho se consigue a través ayudas económicas, plazas de acceso preferente a universidades o puestos laborales y cualquier tipo de impulso que puedan dar los poderes públicos a los colectivos deprimidos. Sin embargo, en los últimos años, se sigue debatiendo sobre el origen, duración y finalidad de estas medidas e incluso sobre su oportunidad, dado que si se aplican de forma incorrecta pueden llegar a revertir su propósito, causando graves perjuicios al conjunto de la sociedad. Estas políticas, se implantan de forma radicalmente diferente en función del país o región en que se desarrollan, adaptándose al contexto social de cada lugar. En Estados Unidos están centradas en el colectivo afroamericano, en los países asiáticos en las minorías étnicas y en Europa en el ámbito laboral de la mujer.

Palabras clave: discriminación positiva, discriminación inversa, derecho antidiscriminatorio comparado, políticas públicas de igualdad, jurisprudencia antidiscriminatoria, minorías étnicas, igualdad mujer, integración minusválidos.

ABSTRACT

Affirmative action is a controversial subject arising within modern societies from back more than a century. It is indispensable to reach a real equality among members of communities or at least equality of opportunity of such instrument. This coveted equality sought by the societies in which the rule of law reigns through financial aid, preferential access to spaces universities or work places and any kind of improvement that can give the authorities the socio-economic groups is achieved. However, in recent years, there is still debate about the origin, duration and purpose of these measures and even about your opportunity, because if applied incorrectly can get to reverse its purpose, causing serious damage to the whole of society. These policies are applied in a radically different depending on the country or region in which they develop, adapting to social changes in each place. In the United States you are focused on the African American group, in Asian countries ethnic minorities and in Europe about the work for women.

Keywords: affirmative action, reverse discrimination, compared antidiscrimination law, anti-discrimination jurisprudence, public policies, ethnic minorities, women equality, disabled integration.

INTRODUCCIÓN.

"... porque todos somos instrumentos de hacer un gran bien a la república, poniéndonos un espejo a cada paso delante, donde se ven al vivo las acciones de la vida humana, y ninguna comparación hay que más al vivo nos represente... como la comedia y los comediantes... Uno hace el rufián, otro el embustero, este el mercader, aquel el soldado, otro el simple discreto, otro el enamorado simple; y acabada la comedia y desnudándose de los vestidos della, quedan todos los recitantes iguales".

Miguel de Cervantes Saavedra.

El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, II parte, Cap. 12. 1615.

Abordar la discriminación positiva es reflexionar sobre uno de los temas más fundamentales del pensamiento y de la práctica jurídica de la última centuria, no se trata únicamente de hablar sobre la anhelada igualdad, la cual está en la entraña más profunda del derecho contemporáneo. Tal como ya prefiguró Rousseau hace 250 años en las palabras liminares de su "*Discurso sobre el origen y fundamentos sobre la desigualdad entre los hombres.*", el ginebrino distinguía entre "*desigualdad física*", y "*moral*" o "*jurídica*" (*Discurso I,2*) Algunos hombres y juristas de los siglos XX y XXI han tratado, con diversa fortuna, de resolver ese dilema sobre la igualdad.

Ya hace más de dos milenios; Aristóteles, un hombre que, por cierto, era conservador (lo contrario de los postuladores de la discriminación positiva), esclavista (lo contrario que la idea inspiradora del derecho antidiscriminatorio en su cuna, Estados Unidos, el antirracismo) y misógino (lo contrario que la idea medular del sistema europeo que se construye en base a la igualdad de género) intuyó la diferencia entre la injusticia como desigualdad y la injusticia como legalidad (*Ética a Nicómaco, V,2,9*). Dos mil años hubieron de pasar desde las formulaciones del filósofo griego hasta la *Declaración de Independencia* norteamericana de 1776 y la *Declaración de Derechos* de la Revolución francesa en Europa en 1789 y solo poco más de un siglo para tratar de dar solución jurídica a las desigualdades materiales que persistían a pesar de la axiomática igualdad formalmente reconocida.

El derecho antidiscriminatorio, y más en concreto la acción afirmativa, persiguen, una igualdad sustancial y no meramente nominal. Ambos, están íntimamente ligados al carácter social del estado. Sin embargo, se podría considerar que vulneran de forma directa, al menos en estrictos parámetros jurídicos, el principio de igualdad, básico en todos los países occidentales y en todos aquellos que han adoptado el modelo económico capitalista.

Esta aspiración a la propia igualdad sustantiva también está reconocida en nuestro propio texto constitucional al concordar el art 14 con el 9.2, dentro del Título I "*De los derechos y deberes fundamentales*". Este principio de igualdad de

oportunidades se ha convertido en un fetiche en las sociedades occidentales, tanto para justificar la acción afirmativa como para rechazarla.

Dos posiciones, dos modelos, se decantan a uno y otro lado del océano en lo que hemos dado en llamar -otra convención-, primer mundo o mundo occidental:

- En Estados Unidos, la nación pionera donde surgió el fenómeno, una sociedad joven en la que prima la igualdad formal y el mérito, pero que ha sido incapaz de articular un estado social. Una sociedad que hubo de digerir y asimilar una sociedad esclavista, primero, y racista, después, con importante aporte demográfico afroamericano e hispano.

- A la otra orilla del Atlántico, la vieja Europa, baluarte del estado social, que ha construido y asume el modelo más acabado y menos imperfecto de *estado de bienestar*, su espacio ha sido menos violentado por masivos aportes de minorías étnicas, sólo afectada por una emigración multiétnica que, al menos aún, no ha alterado significativamente sus bases demográficas. Aquí la preocupación integradora se ha dirigido fundamentalmente hacia la mujer y el género, no la raza.

Finalmente en el cabo sur de este espacio de una Unión Europea cada vez más continental, otro viejo estado, España, dentro del modelo, posee sus singularidades, allí donde en la tercera carta constitucional de la historia proclamó hace más de doscientos años la aspiración a que sus ciudadanos fueran "*justos y benéficos*".

El gran dilema, la pugna, sobre todo en las sociedades norteamericana y europea, entre los defensores de la discriminación positiva y los defensores del mérito (*colorblind* entre los anglosajones), es la búsqueda del *fairness* social, cuadrar el círculo sin violentar el principio de igualdad y si es posible una síntesis. El viejo apotegma del "*sumun ius, summa iniuria*" se ha violentado generando la paradoja de su posible inversión "*summa iniuria, summun ius*" con un cierto éxito, pero esas situaciones que alteran la igualdad, privilegiando a grupos desfavorecidos, no se pueden ni se deben prolongar indefinidamente, por lo que la cuestión que se suscita es ¿hasta dónde y cómo se puede y se debe quebrar la igualdad jurídica en busca de igualdades fácticas para evitar y paliar situaciones de discriminación? ¿Dónde están los límites? En definitiva, esa es la reflexión que nos planteamos en este trabajo, cuestión que afecta y divide a las sociedades desarrolladas.

OBJETO DEL TRABAJO

Como objetivos, en primer lugar, pretendo identificar los rasgos configuradores de la institución, tratando de determinar en qué consiste la figura jurídica que se está analizando en toda su amplitud; cuáles son sus características, finalidades y posibles limitaciones de la misma y donde tuvo su origen práctico y conceptual, siempre desde una perspectiva imparcial y contrastada, basada en los textos de distintos expertos de la materia.

En segundo lugar, he realizado una visión global de derecho comparado entre las principales sociedades que practican la acción afirmativa, destacando las singularidades de cada una de ellas, a través de un análisis de su evolución histórico-legislativa, y los temas más controvertidos, que se dan en cada una de las cuales, remarcados a través de la jurisprudencia, y terminando finalmente con nuestra propia sociedad, que a pesar de ser un paradigma de la europea en su conjunto, merece una especial atención por el conjunto de peculiaridades que entraña al haber pasado por cambios políticos tan profundos y convulsos a lo largo del siglo que nos precede.

En tercer lugar, he tratado de determinar la viabilidad de la figura, estudiando su desarrollo en diferentes lugares, comprendiendo si las medidas adoptadas son realmente útiles, que respuestas sociales producen y que limitaciones o correcciones jurídicas generan una mejor respuesta a la hora de beneficiar a la sociedad en su conjunto.

Por último, a partir de toda la información extraída e interpretada en este trabajo, he tratado de obtener mis propias conclusiones, enfatizando y razonando especialmente los aspectos más positivos y negativos, que estas medidas generan en cada sociedad; en unas ocasiones con alto desarrollo, como es el caso de la sociedad estadounidense y especialmente la europea, y en otros espacios, en otras sociedades, con un nivel de desarrollo más limitado por sus condiciones sociales y económicas. Todo ello, nos permite alcanzar una valoración global sobre la cuestión, evaluando la situación actual y las perspectivas de futuro.

METODOLOGÍA

Metodológicamente, he comenzado haciendo un análisis y revisión de la literatura científica existente en materia de derecho antidiscriminatorio, recopilando y manejando varias decenas de libros y artículos fundamentales del ámbito anglosajón (la mayoría), europeo y español. La limitación temporal y las características del trabajo de fin de grado han impedido, seguramente, una mayor profundidad en el análisis, pero con todo, si me ha permitido una visión global y de perspectiva de las soluciones jurídicas antidiscriminatorias en el ámbito del derecho comparado, por lo que puedo decir que si “no están todos los que son” sí que “son todos los que están”, por lo que gracias a la inestimable ayuda y orientación de mi tutor, se han manejado las referencias fundamentales para forjar una visión lo suficientemente completa.

Para la primera parte (parte general), he seguido una metodología con análisis deductivo, estableciendo un doble enfoque: por un lado, he partido del marco teórico general, revisando el estado de la cuestión en los dos ámbitos geográficos que se contraponen para obtener desde una perspectiva global de sus elementos comunes y de sus rasgos singularizadores -todo ello, centrándome en elementos puramente conceptuales de la figura analizada-; por otro lado, o en segundo lugar, partiendo también de una base puramente teórica y ejemplificativa, he procurado extraer los aspectos positivos y negativos claramente diferenciados, sin dejar cabida a valoraciones personales propias o incluso extraídas de las fuentes (legislativas y jurisprudenciales) de las que se nutre el trabajo.

Para las partes segunda y tercera (derecho comparado y España), he aplicado un método inductivo, partiendo además de las ideas obtenidas con el análisis general de primera parte, de la evolución legislativa de los distintos lugares analizados, pero sobre todo, de la casuística jurisprudencial más relevante; manejando desde los repertorios jurisprudenciales las sentencias integras más sobresalientes de la *Corte Suprema* de Estados Unidos, del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* y del *Tribunal Constitucional* español extrayendo así, conclusiones aplicativas, tanto en el derecho comparado (parte II) como en el particular caso de España (parte III) y, finalmente, para tratar de determinar los límites y condiciones a su aplicación para ambos ámbitos geográficos y obtener mis propias conclusiones.



I. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA.
Categorías generales.

I. La Discriminación Positiva.

"You, guys have been practicing discrimination for years.
Now it is our turn".

Juez Thurgot Marshall.

Discusión en el caso De Funis con W.O. Douglas. 1974.

1.1. Concepto

La discriminación positiva, "*Affirmative Action*" en el mundo anglosajón, es una categoría jurídica indeterminada, creada doctrinalmente, utilizada para referirse al intento de eliminación de las desigualdades entre grupos, ya sean étnicos, por sexo, confesión religiosa, discapacidad etc., de una misma sociedad o incluso de distintas que conviven de forma conjunta en un mismo espacio territorial.

Esta figura ha sido denominada de muy diversas formas: *acción afirmativa* en Estados Unidos -tal como acabamos de aludir-, *hijos de la Tierra* en Indonesia, *intocables* en la India y *acción positiva y discriminación positiva* inicialmente en Reino Unido y actualmente en el resto del continente Europeo¹.

El término de discriminación positiva y el propio movimiento antidiscriminatorio, tienen su origen nuclear en la legislación norteamericana². Concretamente en las primeras medidas laborales antidiscriminatorias que toma la administración Roosevelt en 1933³, como respuesta a peticiones populares de colectivos afroamericanos y otras minorías. En cuanto a su denominación, *affirmative action*, fue algo posterior, en 1935 en que el senador demócrata Wagner, en el curso de los debates de la que sería la Wagner Act⁴, Ley Nacional de Relaciones Laborales, que prohibía la discriminación en los trabajos públicos. Posteriormente, habría que acudir a las órdenes presidenciales de John F. Kennedy de 1961 y de Lyndon B. Johnson de 1965, de las que hablaremos más adelante. Significativamente, todos los impulsos históricos de la Acción Afirmativa en Estados Unidos han estado vinculados a las administraciones

¹SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889. Págs 10-12.

²Una excelente y lúcida síntesis histórica tenemos en H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press, 2004. ISBN 9780195182453. Donde se aborda su historia y evolución hasta el siglo XXI.

³ Esta ley fue aprobada en el contexto del *New Deal* establecido por el presidente Franklin D. Roosevelt para combatir la Gran Depresión iniciada en 1929, y muchas de sus previsiones ya habían sido determinadas en la National Industrial Recovery Act, ley que había dado origen a la National Recovery Administration (NRA). No obstante la ley que fundó la NRA había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Estados Unidos en mayo de 1935, por lo cual muchas de sus disposiciones pasaron a integrarse en la National Labor and Relations Act.

⁴ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press, 2004. ISBN 9780195182453. Pág.15.

demócratas, a la de Roosevelt/Truman en la fase de formación, décadas de los 30 y 40 del siglo XX; a la administración Kennedy durante el periodo de impulso y consolidación, en la década de los 60 del pasado siglo; a los ejecutivos de Nixon/Carter en la década de los 70; recobrando el impulso con la administración Clinton en la década de los 90⁵.

Al margen de las políticas presidencialistas, la acción positiva encuentra su base en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y posteriormente en la Ley de Igualdad de Oportunidades Legislativas de 1972. Es destacable que a pesar de ser el origen legal de la discriminación positiva (o más bien acción afirmativa), no aparece en ellas ninguna definición legislativa del término. Esta definición apareció por primera vez de manos de la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles, que la definió como “*cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro*”⁶.

La acción afirmativa, aunque impregnada de un fuerte carácter de deontología social, entra en pugna con los consolidados principios occidentales de igualdad y mérito, especialmente asumido por el capitalismo, lo que ha generado tanto adhesiones como críticas. Con una gran relevancia en el espacio europeo, donde se ha utilizado para exaltarla, en directivas europeas como la 76/207/CEE de igualdad de trato entre hombres y mujeres (pionera a nivel internacional), como para limitarla en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (casos *Kalanke*, *Marschall*, *Badeck* y *Abrahamsson*)⁷.

La discriminación positiva pretende garantizar de forma artificial la igualdad de oportunidades, compensar un desarrollo social desigual. Su objetivo primordial, es favorecer la recuperación entre grupos sociales designando beneficiarios de estas medidas de forma global.

A estos grupos de beneficiarios se les facilita todo lo necesario para su desarrollo socioeconómico⁸: capital para financiar sus viviendas y negocios (o en su caso ventajas fiscales); plazas preferentes en oposiciones (discapacitados, minorías étnicas etc.) o beneficios de predisposición en caso de igualdad de capacitación (en

⁵ *Idem*. El autor describe cinco fases en su evolución histórica: 1) La Génesis, págs. 2-49, desde los años 30 del siglo XX hasta la II posguerra mundial, vinculada a la Administración Roosevelt y al New Deal y continuada por Truman; 2) Su crecimiento y consolidación, págs. 49-110, sobre todo con la administración Kennedy; 3) el Cénit de la Acción Afirmativa, finales de los 60 y década de los 70, con la presidencia de Nixon; 4) Un periodo de revisión y retroceso que trajo la “revolución” conservadora de Reagan en la década de los 80 del siglo XX, págs. 162-216; y finalmente, una 5) fase que el autor denomina “la era de la diversidad”, que abarca desde finales del pasado siglo hasta la actualidad, págs. 217-276.

⁶ U.S. Commission on Civil Rights: Statement on Affirmative Action, octubre de 1977

⁷ BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *La Acción Positiva. Análisis del concepto y propuesta de revisión*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N^o. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario “Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres”. Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. 29 págs. ISSN-e 1138-9877. Págs.13-18

⁸ URTEGA OLANO, Eguzki. Las políticas de discriminación positiva. *Revista de estudios políticos*, 2009, N^o 146, págs. 181-213. ISSN 0048-7694. Pág. 194

favor de las mujeres); plazas de acceso preferente en educación superior (en caso de los ciudadanos de color, hispanos etc. en Estados Unidos) e incluso cargos políticos⁹.

No es fácil ubicar de forma precisa lo que se quiere decir con discriminación positiva. Por ello, es adecuado verlo desde tres perspectivas distintas:

- **Técnica:** según la cual, la discriminación positiva se realiza en cuotas de selección de beneficiarios de la misma, u otros instrumentos, fiscales o de otra índole¹⁰. En estas cuotas o ayudas pueden incluirse etnias minoritarias, grupos deprimidos, incluso puede hacerse mediante la fijación de límites de ingresos o por razón de sexo.

- **Objetiva:** se refiere al objetivo final de las políticas de discriminación positiva. La integración de inmigrantes, minorías étnicas, mujeres, jóvenes y discapacitados; siempre para intentar equiparar sus condiciones de vida a las de la población mayoritaria (generalmente).

- **Sociopolítica:** una tercera definición se referiría a cualquier regla de aplicación selectiva. Es la más genérica, a través de ella se hace referencia a cualquier mecanismo de inclusión de estos grupos. Incluyendo tanto los mecanismos políticos como los privados (fundamentalmente mediante asociaciones).

Como última nota definitoria para la discriminación positiva, hay que tener en cuenta que aunque la mayoría de los cuerpos legales, jurisprudenciales, e incluso textos científicos no distinguen entre “discriminación positiva o inversa” y “acción afirmativa o positiva”-incluyendo este mismo texto en algunas ocasiones y a su vez excluyendo aquellas en las que resulta muy dificultoso distinguir entre una y otra-, originariamente no formaban parte del mismo discurso. A través de la expresión “discriminación”, a pesar de ser neutral, se hacía referencia a todas aquellas técnicas de promoción mediante las cuales se fomentaban desigualdades, es decir, mediante la discriminación positiva se acababa impulsando a un grupo más allá de la igualdad, en exceso, lo cual acababa perjudicando al resto de grupos que convivían con el primero. Por otro lado, mediante el término “acción”, a lo que se pretendía hacer referencia es a las medidas reequilibradoras de los grupos que conviven en un mismo ámbito, o dicho de otro modo más simple, a las medidas de ayuda destinadas a los sectores perjudicados de la sociedad para que pudieran alcanzar al resto y no continuarán siendo grupos marginales¹¹. A mi parecer, en la actualidad, es tan difícil distinguir cuando es necesario detener este tipo de incentivos, que la distinción carece de sentido.

⁹ En países como Malasia, a los *hijos de la tierra*, por ser la población autóctona, se les daban plazas de dirección política para paliar los efectos que estaba causando en amplio incremento de la población china y su exponencial enriquecimiento.

¹⁰ Como por ejemplo *Set Asides*, ayudas específicas a colectivos concretos, o *Time- Tables*, calendarios de medidas y procedimientos para conseguir favorecer al grupo discriminado.

¹¹ BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N^o. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. 26 págs. ISSN-e 1138-9877. Págs. 16-18

1.2 Características

Para comprender mejor la discriminación positiva hay que tener en cuenta que diferentes factores se repiten en todas las sociedades en las que llevan a cabo medidas de fomento para grupos específicos. Estas circunstancias no se dan de forma aislada, se repiten una y otra vez con independencia del país, la zona geográfica e incluso del tipo de población.

La discriminación positiva se da comúnmente por preferencias raciales. Estas preferencias pueden tener su origen en la tribu, la casta e incluso la etnia de la que procede el grupo. A estos grupos no se accede de forma voluntaria, se hace por cuestión de nacimiento, lo cual hace que irremediablemente los individuos no puedan deshacerse de esta “vinculación racial”. Por otro lado, hay que destacar, que estas preferencias raciales no siempre son perniciosas, aunque dentro de esta exposición nos estemos centrando en grupos desfavorecidos. Pueden llevar a un individuo a nacer en el grupo de los “privilegiados”, aportándole numerosas plusvalías por el mero hecho de nacer en el lugar indicado en el momento preciso.

Estas diferencias, dificultan la integración de los grupos en la sociedad. Por ello los gobiernos les facilitan una serie de ayudas que pretenden paliar un aumento de las desigualdades. Estas ayudas son esenciales para fomentar su desarrollo socioeconómico.

En primer lugar, se les facilitan ayudas de capital, consistentes en dar subvenciones fundamentadas en el derecho a tener una vida digna y unos mínimos recursos económicos que al menos garanticen la manutención básica de los individuos y sus familias.

En segundo lugar, ayudas de acceso a la vivienda. El derecho a una vivienda digna es un derecho recogido en la mayoría de constituciones y normativas básicas al que se le ha dado una gran relevancia. En el caso de España, este derecho aparece recogido en Título Primero, Capítulo III de los *Principios rectores de la política social y económica*, concretamente en el art 47 de la Constitución Española de 1978.

También accesos especiales para educación superior y puestos laborales. En estos casos, se utilizan diferentes técnicas¹²:

- La técnica del puesto reservado: empleada sobre todo en la función pública o en materia electoral, consiste en reservar cierto número de plazas a las cuales sólo los miembros del grupo desfavorecido podrán acceder. Es el caso de países tales como Colombia, Hungría o Nueva Zelanda, que reservan a las minorías étnicas o nacionales un cierto número de escaños en el Parlamento. Sucede lo mismo en India, donde la política de discriminación positiva se identifica, en los sectores del empleo y de la enseñanza superior pública, con una política de plazas reservadas.

¹²URTEGA OLANO, Eguzki. Las políticas de discriminación positiva. *Revista de estudios políticos*, 2009, Nº 146, págs. 181-213. ISSN 0048-7694. Pág. 194.

- La técnica de la cuota: se diferencia de la del puesto reservado en la medida en que los bienes concedidos a los miembros del grupo favorecido no están predeterminados. Flexibiliza las ayudas que se pueden conceder al grupo beneficiario. En Estados Unidos, por ejemplo, en el sector de las infraestructuras públicas, el Estado federal impone que una parte de la cuantía de los contratos públicos debe estar reservada a los miembros de un grupo. Pero el tipo de trabajo en el que deben ser subcontratados es concedido a la libre determinación de la administración.

- La técnica de la oposición propia: consiste en reservar a los miembros del grupo favorecido una vía de acceso especial a unos bienes sobre los cuales no gozan de ninguna prioridad. La parte de los bienes que conseguirán obtener por esta vía no está determinada de antemano. Se trata simplemente de no comprometerlas en un juego en el que no tienen ninguna oportunidad de ganar, a través de sus propios medios.

Todas estas ayudas y técnicas deben contar con un minucioso control legislativo, y sobre todo judicial, a la hora de ponerlas en práctica, puesto que si fueran excesivas, podrían acabar vulnerando los derechos de otros sectores de la sociedad de forma inadmisibles. Además de estos controles, deben contar con unas garantías generalizadas:

- Las preferencias, nunca deben ser permanentes. Si cambia la situación social, deben cambiar o incluso desaparecer para evitar crear desequilibrios artificiales¹³.

- Nunca deben ser excesivas, hay que valorar todos los aspectos de las medidas adoptadas y sobre todo sus consecuencias. Como se mencionó anteriormente, un exceso de medidas que favorezcan a un grupo concreto pueden acabar perjudicando a otros e incluso a la sociedad en su conjunto.

- Las medidas adoptadas deben ser flexibles, siempre abiertas al cambio. Su invariabilidad, podría dar lugar a una petrificación del sistema jurídico en el que se adopten y con ello se acabaría evitando que la normativa que rige una sociedad avance al mismo ritmo que la misma.

- Y como último requisito esencial, las políticas de ayuda no deben ser exclusivas, no deben estar pensadas para beneficiar a un grupo o a una serie de individuos concretos, sino que deben estar destinadas a obtener un lucro global.

En definitiva, la gran mayoría de los autores coinciden en que la acción positiva consiste en crear jurídicamente una discriminación a través de la cual, se consiga un reequilibrio de las situaciones de desigualdad estructural que reinan en un estado entre sus diferentes grupos sociales.

¹³ Esto, por ejemplo, se ha dado en la sociedad norteamericana con el colectivo asiático, que comenzó en la década de los 40 del siglo XX como un colectivo débil y discriminado, pero que desde mediados de los 70 se ha transformado en un grupo exitoso, tal como demuestran los estudios y resultados en las universidades, colleges y estudios de posgrado, equiparándose en muchos casos a los blancos; en este sentido, recientemente NIELI, Russell K.(2012)*Wounds that will not heal*, Encounter Books, New York-London, págs. 201-202.,239,40 y el caso de los chinos y japoneses segregados inicialmente en la costa oeste californiana, desde los 80 con los más bajos índices de delincuencia y con gran éxito académico y profesional (pág. 340); y el clásico estudio de BOWEN, William & BOK, Derek (1998), *The Shape of the River*, Princenton University Press, donde más ampliamente estudia con datos estadísticos los beneficios que para los colectivos raciales desfavorecidos ha conseguido la política de cuotas en la educación superior, escuelas de negocios y posgrado.

1.3 Fundamentos.

Es necesario categorizar los fundamentos de la acción positiva. Para ello hay que distinguir entre las distintas causas que llevan a los países a adoptar estas medidas. Estas causas tienen su origen en antecedentes históricos o en importantes cambios sociológicos. En ambos casos, se altera la estructura social, lo que desemboca en la necesidad de adoptar nuevas políticas de integración o incluso se podría decir de reestructuración.

En primer lugar, están los grupos que tienen un retraso provocado por el régimen de opresión, normalmente con fundamento étnico o religioso, construido en torno a un cierto “tribalismo” del que, según muchos autores, no puede sustraerse la naturaleza humana y que inclina al grupo dominante hacia el etnocentrismo y la xenofobia¹⁴. En estos países amplios porcentajes de la población han sido discriminados durante años. Esto supone un riesgo de desestabilización de la sociedad. Las poblaciones marginales tienen problemas de adaptación, y esto impide que alcancen (sin intervención estatal) los niveles de bienestar del resto de la población.

Como principal exponente de esta categoría tendríamos que destacar a los afroamericanos de Estados Unidos. Estos fueron traídos fundamentalmente por los colonos británicos como mano de obra para trabajar en las grandes plantaciones de los estados del Sur y también para servir de mano de obra en la industria y la construcción; también provenían de otras colonias caribeñas y de América del Sur. Desde el principio fueron segregados de la población blanca, marcándoles con estereotipos y estigmas negativos, primero por tratarse de esclavos y posteriormente, tras la abolición de la esclavitud, por convertirse en un grupo marginal por sus escasos medios económicos y sobre todo culturales. El nivel de la educación de los afroamericanos era muy inferior al de la población caucásica, esto tenía su origen la diferencia del gasto estatal en educación. Dicho llanamente, *en las escuelas para blancos se gastaba más*, esto producía un desequilibrio estructural desde el inicio de la formación, lo cual llevaba a la población caucásica a tener acceso a las mejores universidades y posteriormente a apoderarse de los mejores puestos laborales. Esta situación se mantuvo hasta la promulgación de la Ley de Derechos Civiles del 64, a partir de la cual mejoró la situación de los afroamericanos.

Un caso similar al de Estados Unidos fue el de Sudáfrica. En este país, también antigua colonia británica, se utilizó a la población de color como mano de obra. La principal diferencia respecto a Estados fue que la población esclavizada era la autóctona. Sucedió lo mismo en otras colonias africanas tanto británicas como portuguesas fundamentalmente.

¹⁴ K. NIELI, Russell. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Págs.21-22: “we humans are by nature tribal in the sense that we have a powerful natural inclination toward ethnocentrism and xenophobia”. En este sentido, también, cita al antropólogo Piere Van den Berghe que acuñó el término “*ethnophotism*”.

Por otro lado, también habría que destacar el caso de India. Conviene tener en cuenta que India fue el primer país del mundo en aplicar políticas de discriminación positiva a los más desfavorecidos. Esto tiene como explicación sus características espaciales y sobre todo poblacionales; India es un país de gran tamaño (es el séptimo país con mayor extensión del mundo con 3.287.590 km²) y uno de los más poblados (es el segundo país más poblado del mundo con 1.236.344.631 habitantes). Esto hace que en él se establezca gran diversidad de castas, religiones, dialectos y razas. Pero dentro de todas ellas, hay que destacar a los *Dalit*, los oprimidos o conocidos vulgarmente como los *intocables*, que son un sector social que no pertenece a ninguna de las castas generales que pueblan el país. Este sector social apenas cuenta con ningún tipo de recurso (económico o formativo). Por ello el estado decidió concederles becas formativas y distintas ayudas económicas, incluso reservas de plazas funcionariales. El objetivo de estas ayudas era colaborar con la integración de estos grupos, pero no fue del todo así, dado que estas ayudas no suelen utilizarse y cuando lo hacen es de forma desigual. Podemos tomar como explicación para esto que los *intocables* no son únicamente una casta, sino un conjunto de ellas, y solamente una pequeña parte de estas castas se ha aprovechado de las ayudas estatales. Como consecuencia de esto, lo que se ha producido es una mayor diferenciación de estas castas respecto a las demás. Y no solamente dentro de los *intocables*, sino a también a nivel de la población global.¹⁵

Hay otros ejemplos de países con situaciones similares a la de India, pero en esos casos el resultado no ha sido fomentar una simple desigualdad. Es el caso de países como Sri Lanka (situado debajo de la península de Indostán). En este caso las políticas de discriminación positiva dieron lugar a disturbios que terminaron con una guerra civil. La explicación de esto es que los grupos no favorecidos por las ayudas se sintieron discriminados frente a los beneficiarios. Lo mismo sucedió en países como Nigeria.

Finalmente, dentro de esta categoría, también se podría incluir a las mujeres, que durante siglos tuvieron una posición subordinada frente a los hombres, siendo secularmente tratadas, con prejuicios patriarcales, como objetos o simples utensilios del hogar.

En segundo lugar, están los pueblos autóctonos que pretenden reivindicar su poder político frente a otros pueblos que han alcanzado un mayor desarrollo (fundamentalmente económico). Estos primeros, han sido desplazados por ser menos competitivos.

Hay que destacar el caso de Malasia. Este país, con la implantación del régimen comunista en China, recibió gran cantidad de inmigración de esa procedencia. Al principio, los inmigrantes chinos realizaban tareas agrícolas y todas aquellas que la población autóctona no quería desempeñar. Con el paso del tiempo, la población de origen chino fue accediendo a puestos de mayor responsabilidad, al ser mucho más diligentes que los pobladores autóctonos. Esto tuvo una consecuencia trascendental, la población de origen extranjero acabó poseyendo mayores medios económicos, poder e influencia que la autóctona. Como consecuencia, el Estado comenzó a llevar a cabo

¹⁵SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones (2006). ISBN 9788493465889. Págs.42 y ss.

medidas de fomento de la población malaya, ayudas de todo tipo, pero fundamentalmente la reserva de puestos políticos y funcionariales, que les aseguraba su mantenimiento estable. La consecuencia de esto fue aún más negativa, la población autóctona, al ver asegurado su futuro, se volvió aún menos competitiva frente a la población de origen chino, lo que hizo que los malayos no tuvieran apenas funciones más allá del régimen funcional.

En tercer y último lugar, están las comunidades procedentes de la inmigración. Este caso se da en los países occidentales, con especial repercusión en Europa.

En el marco del derecho comunitario, también, se han implantado programas en favor de la diversidad étnica y cultural. Estos programas de integración tuvieron su origen con la caída del muro de Berlín, en 1989, que hizo necesario que Alemania occidental absorbiera a la nueva población procedente de la anexión de la *República Democrática Alemana*, la cual tenía unas costumbres totalmente diferentes y sobre todo un nivel económico muy inferior. Estos programas tienen especial relevancia actualmente en países como Francia, Italia o España donde desde hace dos décadas llega gran cantidad de inmigración de origen árabe que tiene serios problemas para integrarse social y laboralmente.

1.4 Efectos positivos: Las bondades de la discriminación positiva

1.4.1 La función integradora

Una de las bondades innegables de las políticas de discriminación positiva es lo que podemos denominar una cierta función integradora, que conecta con la teoría norteamericana de "*The contact hypothesis*" la cual se aplicó sobre todo a los ámbitos educativos y que alcanza un cierto predicamento tras la II Guerra Mundial¹⁶. Si en una sociedad multicultural y multirracial gentes de varias culturas se mezclan, se conseguirá, por contacto, una sociedad más integrada y con menos prejuicios. Esto encaja bien con el lema norteamericano que campa en su escudo de "*Pluribus in unum*", siendo un "antídoto" contra el racismo¹⁷, favoreciendo, por ejemplo en el campo del acceso a la formación superior, la integración de mujeres y etnias infrarrepresentadas. La aceptación de este hecho ha logrado que Estados Unidos sea "diferente", integrando minorías, a diferencia de otros países como la antigua Yugoslavia, Nigeria o Sri Lanka con enconados enfrentamientos raciales y religiosos que han traído funestas consecuencias¹⁸, formando un capital social con lazos de apoyo mutuo y solidaridad¹⁹. Este hecho integrador, es el que ha hecho que América ejerza una especie de sortilegio, de magnetismo para atraer las mejores cabezas del mundo²⁰, y que, por otro lado, autores como Russell Nieli, que abogan en pro del mantenimiento de las políticas

¹⁶ K. NIELI, Russell. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Págs.247-249. La aborda en su capítulo IV: "*diversity and its discontents*": La hipótesis del contacto bajo el fuego.

¹⁷ *Ídem*. Pág. 97: "*area racial preferences an antidote to racism*".

¹⁸ *Ídem*. Pág.253.

¹⁹ *Ídem*. Págs.256-259.

²⁰ *Ídem*. Pág. 261.

gubernamentales de discriminación positiva, afirmen que esta atracción sobre una masa de inmigrantes minimiza el impacto de las jubilaciones de la generación del *Baby Boom* de los 60²¹.

Las políticas de Discriminación positiva comportan también notables oportunidades para esos colectivos débiles, estigmatizados y discriminados en el sentido de su promoción social, proporcionándoles oportunidades y removiendo obstáculos para su progresión económica y social, y por ende, para su integración. Nuevamente invocamos las reflexiones del entusiasta defensor de la acción afirmativa que es Russell Nieli refiriéndose a los inmigrantes:

*“poverty and illiteracy together a total absence of a tradition of entrepreneurship... are formidable obstacles to an immigrant population’s upward social and economic advancement in a urban economy”*²²

Es descriptivo, a este respecto, el ejemplo de los pequeños agricultores norteamericanos que se desplazaron a las metrópolis del Norte y de la costa Este entre 1950 y 1960, y que terminaron, inadaptados e inhábiles, instalados en *ghettos*, como Harlem y cuyos hijos, la segunda generación, se desliza por las pendientes de la delincuencia y la marginalidad. Como parábola de la integración, invoca Nieli un ejemplo histórico, el de los inmigrantes irlandeses que tras las hambrunas por la crisis de la patata llegaron a Estados Unidos, encontrándose en un entorno urbano difícil que les empujó al alcoholismo, al abandono de sus esposas y familias etc. La sociedad integradora norteamericana permitió, ayudada por el reforzamiento educativo, de sus estructuras familiares y de la fuerte tradición católica, que en la quinta o la sexta generación se incorporaron a la clase media. Lo mismo espera este demócrata católico con las minorías negras e hispanas²³.

1.4.2 La justicia Social. Funciones redistributivas.

La acción afirmativa tiene como objetivos fundamentales, derivados de la garantía de la justicia social, por un lado, garantizar la igualdad de oportunidades de todos los habitantes de un país o región, por otro, reducir e incluso acabar con todas aquellas desigualdades consideradas injustas por el conjunto de la sociedad y quizá, como contenido más polémico, pretende compensar las injusticias que ciertos sectores sociales han sufrido en el pasado²⁴. Esta justificación histórica, es solo un argumento más.

El verdadero valor de estas políticas radica en que son un instrumento clave para reducir las desigualdades en todos los niveles sociales, pretenden favorecer a los grupos

²¹ *Ídem.*

²² K. NIELI, Russell. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Pág.459.

²³ *Ídem.* Págs. 477-480, dentro del capítulo VI “*Still America continuing dilemma*” (págs. 383-480), cuya tesis es que se ha ido abandonando y sustituyendo la acción afirmativa y las políticas de preferencia racial por lo que llama políticas de diversidad, abogando por la necesidad de recuperar más activas políticas gubernamentales de discriminación positiva.

²⁴ SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. ISBN 9780226761787. Págs. 1-2.

desfavorecidos, que han sido víctima de un desarrollo social desigual. La discriminación, por lo tanto, es un instrumento artificial, pero socialmente admitido en todas las sociedades desarrolladas²⁵. Está encaminada a la erradicación de la subordinación de clases en una sociedad, con el objetivo de que en una sociedad la riqueza esté repartida²⁶, si no de forma igualitaria, al menos de forma justa, para que el que menos tenga pueda vivir con un nivel digno que cubra sus necesidades.

Está claro que estas políticas han surgido de un notabilísimo esfuerzo del conjunto social para mejorar las oportunidades de aquellos que no pueden obtenerlas por sus propios medios o cuando estos medios son insuficientes²⁷. Y sin ninguna duda, sería tremendamente injusto que este esfuerzo sea desaprovechado. También parece claro que merece la pena alcanzar una sociedad en la que nadie se vea empujado a la marginalidad o la mendicidad, en la que los ricos lo sean por su esfuerzo y dedicación, pero que nadie esté previamente estigmatizado y se vea obligado a estar en los estratos sociales más bajos, por el simple hecho de no haber nacido en el seno de una familia adinerada.

A pesar de que estas políticas, primariamente, estaban destinadas a grandes colectivos de desfavorecidos, con el tiempo estas medidas han acabado redirigiéndose a los discapacitados y a las mujeres, al ser considerados también sectores vulnerables de la sociedad, aunque no están dentro de ninguna clase de etnia o grupo como tal²⁸.

La discriminación positiva ha sido, desde sus inicios, un campo de batalla jurídico y social. Este problema radica en que, en ocasiones, la gente, pierde la visión de que las políticas de acción afirmativa tienen su justificación en un derecho grupal contrapuesto a los derechos individuales, los cuales en ocasiones deben verse mermados en favor del interés general del conjunto de la sociedad²⁹. Se justifica por la necesidad de compensar la situación de marginación que han vivido determinados colectivos en el seno de una sociedad plural en la que se garantice la plena integración de los individuos y grupos en igualdad de condiciones, frente a la distribución de bienes socialmente válidos³⁰.

²⁵ URTEGA OLANO, Eguzki. Las políticas de discriminación positiva. *Revista de estudios políticos*, 2009, Nº 146, págs. 181-213. ISSN 0048-7694.

²⁶ BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *La Acción Positiva. Análisis del concepto y propuesta de revisión*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. 29 págs. ISSN-e 1138-9877

²⁷ CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015: volume 41, Número 4, págs.1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.1

²⁸ *Ídem*. Págs. 18-19.

²⁹ BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. 26 págs. ISSN-e 1138-9877. Págs. 2 y 13.

³⁰ MARTÍN VIDAL, María Ángeles. *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas ediciones S.L. 2003. ISBN 978447019411. Págs. 145 y 146.

1.4.3 La Paz social

Desde una perspectiva pragmática, el objetivo final de las políticas de integración social es la paz social, la cual únicamente se puede conseguir ayudando a acceder a la sociedad a los miembros de los colectivos desfavorecidos como miembros de pleno derecho de la misma³¹ y a través de ello conseguir una sociedad justa y equilibrada en la que apenas haya desigualdades y, en consecuencia, se minimicen los conflictos.

La paz social encuentra su mayor aliciente en el bienestar del conjunto de la sociedad. Hay que tener en cuenta que la discriminación positiva, surgió en la mayoría de países como respuesta a las protestas de ciertos sectores de la sociedad, como es el caso de Estados Unidos en la década de 1960, en Sri Lanka o Nigeria. Esto explica que estas medidas en un principio estén destinadas a acallar estas protestas. Todas las sociedades multiétnicas tienden a la fractura etnocéntrica y a la dispersión de roles entre los grupos sociales, con las medidas de discriminación positiva se pretende la integración de los grupos y no la simple distribución racial³².

Este objetivo no es fácil, puede presentar incluso trabas complejas, como es el caso de la primera generación de inmigrantes que llegan a un nuevo país o territorio, al principio, por muchas ayudas que se les facilite no dejarán de ser minorías diferentes a la población local. Con estas políticas, a pesar de no ser efectivas desde un primer momento, se puede conseguir la plena integración de sus hijos y las generaciones sucesivas y la desaparición del problema por completo en menos de veinticinco o treinta años³³.

Además, está demostrado que la integración entre estudiantes de distintas razas es favorable para el conjunto; en primer lugar porque se reducen los prejuicios preexistentes entre unos y otros, sobre todo porque los estudiantes autóctonos dejan de verlos como miembros de grupos “peligrosos”; se adoptan actitudes tolerantes y también se mejora el pensamiento crítico de la mayoría de estudiantes, al convivir con miembros de sectores sociales con los que no están acostumbrados a tener un contacto directo; en tercer lugar, se prepara a los estudiantes para convivir en una futura ciudadanía democrática pluricultural y enriquecedora, no solo a nivel nacional, sino que se les prepara para la globalización, cada vez más omnipresente en el mundo; y por último se reduce el futuro impacto curricular, o dicho de otra forma, ni los contratantes, ni los competidores, se verán sorprendidos de que a una entrevista de trabajo acudan miembros de cualquier sector o etnia social³⁴.

La paz social debe ser el objetivo de todos los poderes públicos de todos los países del mundo cada vez más pequeño, integrado y globalizado, y para alcanzarla, es

³¹ *Ídem*. Pág.166.

³² SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.

³³ GARGARELLA, Roberto. *Derechos y Grupos desaventajados*. Barcelona, GEDISA, 2013. ISBN 9788474327687. Pág. 210.

³⁴ CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report (2015): volume 41, Número 4, págs.1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.42-43.

necesario el desarrollo de medidas de inserción que equilibren o al menos aproximen todos los sectores de la sociedad. Al evitar las desigualdades, no solo se está consiguiendo una sociedad más justa, sino una sociedad más segura.

1.5 Efectos perversos: El problema de los límites de la Discriminación positiva

Como ya se ha mencionado anteriormente, las políticas de discriminación positiva tienen su origen occidental en Estados Unidos, generalmente en discusiones doctrinales o jurisprudenciales. Centradas en la discriminación por razón de raza, fundamentalmente³⁵. En cambio, en el continente europeo la discriminación positiva se centra más bien en el ámbito laboral y de acceso a puestos funcionariales, dando especial relevancia al caso de las mujeres.

Sin duda, las políticas de acción afirmativa no pueden ser absolutas e igualar de forma radical a los grupos desaventajados de la sociedad frente a los grupos medios. De lo contrario, el esfuerzo individual carecería de sentido. ¿De qué serviría a un individuo medio alcanzar una formación superior y posteriormente esforzarse en su trabajo, si sus logros serían redistribuidos entre el conjunto de la sociedad? La respuesta es clara, no serviría de nada, se acabaría logrando una desincentivación de la población y nos estaríamos alejando del deseado estado de bienestar, y acercando al sistema de distribución global de la riqueza, o comunista.

No cabe ninguna duda de que en el estado de bienestar que se ha alcanzado en la gran mayoría de los países europeos, y que se envidia en el resto del mundo, no se puede abandonar a los desamparados a su suerte, pero tampoco se puede permitir que el esfuerzo individual sea devaluado. Por ello, para equilibrar la balanza, hay que fomentar la plena igualdad de oportunidades ante los bienes escasos, es decir, que con independencia del estrato social del que se provenga, se pueda alcanzar los mejores puestos sociales, si realmente se cumplen los requisitos para alcanzarlos.

1.5.1 La igualdad de oportunidades como límite. La meritocracia.

Las críticas fundamentales que genera la discriminación positiva se encuentran en la entraña de una argumentación técnico-jurídica, y es que la discriminación positiva atenta contra el principio de igualdad. No deja de ser una cláusula de excepcionalidad que quiebra dicho principio, en aras, si se quiere, de los más acendrados principios de justicia deontológica. Pero en rigor lo que hace es construir una desigualdad que horada el principio general de igualdad para privilegiar a un grupo o colectivo “desfavorecido”.

³⁵ Se ha formulado la crítica de que toda esta construcción jurídica se gestó por la mala conciencia de la sociedad norteamericana, cuya clase alta, blanca, liberal, experimentaba un cierto sentimiento de culpa, “*sense of guilty*” lo llama Nielli, una combinación de culpa y compasión, que generó una actitud hipócrita de lavado moral para una sociedad que en realidad no pretendía una mejora social sino acallar una mala conciencia histórica con pasados nefandos como el esclavismo o las acciones del *Ku Klux Klan*. NIELI, Russel K. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Pág. 85.

A nivel académico, la discriminación positiva puede ser gravemente negativa, al perjudicar a amplios sectores de la población (en la mayoría de los casos la inmensa mayoría). Este perjuicio no es únicamente a nivel global, es más, quizá el mayor perjuicio se causa a nivel individual. En muchos casos, personas con mejor expediente académico, en el caso del acceso a la enseñanza, o curricular, en el caso de la obtención de un puesto laboral, pierden dichas plazas en favor de miembros de colectivos “protegidos” menos preparados que ellos. Esto puede crear resentimientos raciales que tendrán su reflejo en disturbios o protestas³⁶.

Hay que destacar especialmente el caso de Estados Unidos, donde se empezaron a discutir, de forma feroz, determinados programas de ayuda que acabaron favoreciendo más a los extranjeros que a la población nacional, lo que causó grandes desequilibrios en las clases bajas del país, al verse las autóctonas discriminadas frente a poblaciones como la asiática, que comenzó a enriquecerse de forma gradual. En el ámbito académico, como veremos a continuación, estas críticas fueron aún más duras y acabaron llevando a la prohibición de las reservas porcentuales de estudiantes en las universidades de varios estados³⁷.

La gran crítica suscitada fundamentalmente en Estados Unidos tiene su explicación en la construcción cultural de dicho país. El estado americano nació sustentado sobre los pilares de la libertad individual y la meritocracia. Esto hizo que el país creciera y que acabará alcanzando el apodo de la *tierra de las oportunidades*. El pensamiento ultracapitalista de Norteamérica se ve esbozado en la frase del filósofo alemán Georg Simmel “*El dinero es la forma de nivelación democrática y social básica, que se caracteriza por la completa indiferencia de las cualidades individuales*”³⁸.

Este pensamiento es excesivamente radical, pero es el que conduce a la sociedad norteamericana, entre otras, a pensar que la mediocridad de ciertos sectores de la población radica en su propia culpa, al no esforzarse por remediarla en vez de solicitar ayudas estatales³⁹.

1.5.2 Ineficacia, ineficiencia y desincentivación.

Con las críticas de los economistas liberales que se gestan en los años 80 con la década Reagan y Bush, las políticas de acción afirmativa comienzan a perder fuerza, sobre todo por la nueva dirección jurisprudencial de este país, que empieza a negar las hasta entonces indiscutibles ventajas que tenían estos colectivos, basándose en que el problema de los afroamericanos es estructural, es decir, son ellos mismos los que se niegan a avanzar socialmente. A pesar de llevar numerosos años beneficiándose de medidas contra la discriminación, siguen teniendo déficits formativos, justificados por

³⁶ SOWELL, Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. ISBN 9780226761787. Págs. 20-23.

³⁹ *Ídem*. Págs. 6-12.

muchos en la falta de esfuerzo, que les impiden alcanzar el nivel de vida digno que la sociedad pretende para ellos⁴⁰.

Por otro lado, hay que señalar que las ayudas a los grupos desfavorecidos pueden ser contraproducentes, ya que pueden conducir a que el grupo pierda aún más prestigio, porque incluso llegando a niveles de vida medios de la sociedad, la misma podría afirmar que estos niveles han sido un obsequio del esfuerzo conjunto de la sociedad. Esto nos lleva a analizar detenidamente si estas políticas son adecuadas en ciertos casos⁴¹. Desde la crítica económica al modelo de “*rational choice and utility maximization*”⁴², que rige actualmente en un mundo global capitalista, las ayudas e incentivos de discriminación inversa excluirían a algunos de los mejores en aras de la integración de los segregados.

Estas extralimitaciones y abusos han llevado, en ocasiones, a revisar y cercenar medidas de discriminación inversa, tal como hizo la administración demócrata de Clinton (gobierno demócrata y nada sospechoso de posicionamientos en contra de acciones afirmativas) a principios de la década de los 90 que acabó con los abusos que provocaban estas prácticas de *set-assides* y ayudas sociales a firmas o empresas desaventajadas de minorías⁴³. Prácticas que, por otra parte, alteran la libre competencia, como cualquier subvención o ayuda, y que esa sociedad, exaltadora de la libre empresa, ve con particular suspicacia y recelo.

El principio antidiscriminatorio, pretende eliminar las calificaciones imprecisas o tópicas (como por ejemplo podría ser calificar a los negros de estados unidos como pobres, por el hecho de ser negros). Por ello es más importante elevar la situación de los afroamericanos como grupo que la de los “*sin techo*”, porque los primeros son un sector más amplio y esto tendría una mayor repercusión y más provechosa en el conjunto de la sociedad. Esto solo puede ser justificado cuando se mejora la comunidad en su conjunto. Se debe usar la alternativa menos dañina para la sociedad, la protección de un grupo no debe dañar a todos los demás grupos desaventajados⁴⁴.

Si se consigue elevar el nivel social de todo el país, las medidas de discriminación positiva, o acción afirmativa, en su caso, serían eficaces. Si además esto se consiguiera con el menor coste posible para la sociedad, serían eficientes. Y únicamente si se cumplieran de forma plena estos requisitos, las medidas dejarían de ser criticadas y no se produciría la desincentivación por parte de los poderes públicos y de la propia población. Alcanzar estos objetivos teóricamente parece sencillo, pero en la práctica ninguna nación lo ha conseguido de forma plena.

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. *Derechos y Grupos desaventajados*. Barcelona, GEDISA, 2013. ISBN 9788474327687. Pág. 42.

⁴¹ *Ídem*. Pág. 150.

⁴² De esta idea desde las críticas económicas de los neoliberales se hace eco NIELI, Russel K. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Págs. 411-417.

⁴³ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Pág.254.

⁴⁴ GARGARELLA, Roberto. *Derechos y Grupos desaventajados*. Barcelona, GEDISA, 2013. ISBN 9788474327687. Págs 152-174

El análisis detallado de la discriminación positiva hace muy difícil respaldar que el balance neto de estas políticas sea beneficioso para el conjunto de la sociedad⁴⁵

1.5.3 La necesidad de una limitación temporal.

Toda excepcionalidad no puede, ni debe, prolongarse indefinidamente en el tiempo. A riesgo de quebrar los pilares de los ordenamientos jurídicos y de las sociedades, nadie, a no ser un tirano, prolonga indefinidamente un estado de “excepción” o de “sitio”; a ningún país de la Unión Europea, o Comunidad Autónoma española, por ejemplo, se le podría permitir seguir recibiendo fondos de solidaridad y cohesión de la Unión o del Estado, cuando ya ha alcanzado la renta media. Las medidas de acción afirmativa deben estar limitadas en el tiempo, esta es una cuestión prácticamente unánime entre los expertos en la materia⁴⁶. De lo contrario, podrían crear antipatía entre la población no beneficiada por estas medidas, e incluso podrían llevar a la creación de grupos racistas que alteren el orden público dentro de una nación⁴⁷. Es el caso que se dio, por ejemplo, en Estados Unidos a partir de los años setenta, tras veinte años de políticas de integración a favor de los afroamericanos. Ante la falta de mejoría del colectivo, la población mayoritaria comenzó a pensar que el problema era a nivel cultural, es decir, por muchos esfuerzos que realizasen los poderes públicos para integrarlos en los sectores educativos y laborales, estos no eran fructíferos por razones culturales. Ellos mismos, pretendían ser diferenciados del resto de grupos de Estados Unidos y esto impedía su integración⁴⁸. Este no ha sido un caso aislado, como ya se comentó en apartados anteriores. En otros países, como Malasia, las políticas de discriminación positiva acabaron extendiéndose durante tanto tiempo, que llevaron al conformismo de la población y a su aún mayor falta de diligencia, al tener un futuro asegurado y apenas tener que esforzarse para alcanzar un nivel de vida medio⁴⁹.

⁴⁵ SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. ISBN 9780226761787. Págs. 6-12.

⁴⁸ GARGARELLA, Roberto. *Derechos y Grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa, 2013. ISBN 9788474327687. Pág. 42 y 145.

⁴⁹ SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.



II EL DERECHO COMPARADO.
Modelos de discriminación positiva en el mundo.

II EL DERECHO COMPARADO.

Modelos de discriminación positiva en el mundo.

“En Alemania en los años 60 comenzaron a utilizarse y popularizarse semáforos para para peatones en la regulación del tráfico urbano, con la silueta de un hombre, conocidos por Ampelman. En la década de los 90, algunas personas señalaron que poner la figura de un hombre podía ser discriminatorio y sexista, por lo que comenzaron a sustituirse por la figura de una mujer, los llamados Ampelfrau. Hoy apenas quedan Ampelman, semáforos con la figura de hombre, la discriminación se ha invertido.”

Información de RNE emitida en febrero de 2015.

2.1 El modelo estadounidense. Los pioneros.

2.1.1 Desarrollo histórico y legislativo.

La nación norteamericana partió desde su gestación, en la propia Declaración de Independencia en 1776, de un modelo personalista y liberal⁵⁰, generando una constitución de inspiración jeffersoniana que afirmaba el individualismo como patrón de desarrollo para la sociedad, modelo que se completaría un siglo más tarde con una tradición antiesclavista. Sin embargo, en su realidad material alimentaba un cierto sentimiento de culpa por la marginalidad del importante colectivo afroamericano.

De hecho, la acción afirmativa en Estados Unidos surgió del esfuerzo por mejorar el acceso de los históricamente desfavorecidos (fundamentalmente ciudadanos de raza negra), tanto en empleo como en oportunidades educativas. En efecto, el elemento más identificativo de la legislación antidiscriminatoria en Norteamérica ha tenido por objeto las minorías raciales.

La acción afirmativa contemporánea, como política pública en Estados Unidos, emergió en respuesta directa a la amenaza de protestas y marchas. Como ha escrito Terry Anderson, en el contexto de los años 30 del siglo XX la realidad era que “la discriminación era una tradición en el país” y en algunos estados de la Unión “era ley”⁵¹. Había comercios, hoteles, transportes públicos sólo para blancos, a los que no podían acceder los negros, se establecían escuelas, hospitales e incluso cárceles segregadas. Constatación jurisprudencial de esta situación fue, por ejemplo, el caso *Plessy* en 1896⁵². En el que se prohibió entrar en un vagón del ferrocarril a una persona de raza distinta a la blanca, la perniciosa medida de esta sentencia fue adoptada de

⁵⁰ K. NIELI, Russell. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Pág.53, lo que el autor denomina “*american personalism*”.

⁵¹ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Pág.2.

⁵² *Idem*, pág.5.

forma casi unánime, por los votos de ocho frente a un miembro de la Corte Suprema, el juez Marshall que dimitió por dignidad.

La cronología de la acción afirmativa se puede articular en cuatro fases⁵³:

A. Una fase de génesis de las políticas de acción positiva, que se enmarca en las medidas que inicia la administración Roosevelt en la década de los treinta del siglo XX en el contexto del *New Deal*. Estatuye sus dos principales actos en 1933 y 1935, donde se prohíbe la discriminación racial en los contratos para los trabajos públicos, y en la que, como ya aludimos, se gesta el propio término de “*Affirmative Action*”⁵⁴, política que continuará Truman en la década de los 40 del siglo XX.

B. Fase de crecimiento y consolidación, que terminó con la adopción de las reformas constitucionales y medidas legislativas en 1964 y 1965. Consecuencia de la era Kennedy

C. Periodo de esplendor de la acción afirmativa de inicios de la década de los 70 del siglo XX, hasta casi su final, aunque curiosamente empiezan a aflorar críticas como la del caso *Bakke*, que luego examinaremos.

D. Y, finalmente, el período de desestabilización y la reforma que siguió al anterior en 1978 (Rhoads et al., 2005) -y casi coincidiendo con el retorno conservador que supuso la era Reagan-. Cuestionando con rotundidad la acción afirmativa en las admisiones de la Universidad de California, y más debilitado aún por la sentencia del caso *Bakke* y posteriormente con los casos *Fisher* (2013) y *Schuetz* (2014).

En la fase de génesis, hay que destacar la Orden Ejecutiva 8802 (1941), emitida por Franklin D. Roosevelt, que prohíbe la discriminación racial en el empleo para los trabajadores de la administración y de defensa por motivos de raza, credo, color u origen, la cual tuvo su gestación en una marcha que amenazaba Washington, dirigida por A. Philip Randolph.

Posteriormente, la fase de crecimiento o emergencia de la acción positiva se inició en la década de 1960, cuando el presidente John F. Kennedy y su sucesor, el presidente Lyndon Baines Johnson trataron de responder a los movimientos de protesta contra los derechos civiles y a la urgente necesidad de los colectivos discriminados de poder acceder a las instituciones públicas.

⁵³ Para la periodización que proponemos he establecido una síntesis entre los relevantes trabajos de CHUN Edna, EVANS Alvin. *The evolution of affirmative Action: A critical Review*. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015, volumen 41, Número 4. Págs.1- 126. ISBN 9781119124924; que propone tres períodos: a) una fase de gestación hasta 1964, b) una fase de emergencia como política pública adoptada y c) una fase de desestabilización y reformas desde 1978; y ANDERSON, Terry H. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press, 2004. ISBN 9780195182453; que postula cinco periodos: a) Génesis, años 40, b) fuerza y crecimiento, hasta 1964, c) Cenit, años 70, e) Lo que denomina “*backlash*” (profunda revisión), durante los años 80 y f) La era de la diversidad, en la que coincidiendo en esta denominación con más autores (Nieli etc.) en la que estaríamos instalados desde finales de los 90 e inicios siglo XXI.

⁵⁴ De la mano del senador demócrata Wagner en la discusión del proyecto de Ley en 1933.

En 1961, el presidente Kennedy emitió el mandato de la Orden Ejecutiva 10925, que exigía a los contratistas federales tomar medidas de acción afirmativa para asegurar que tanto los solicitantes de empleo como los propios empleados sean tratados sin tener en cuenta su raza, credo, color u origen. Kennedy esencialmente introdujo en el lenguaje de la acción afirmativa políticas para hacer frente a la discriminación racial, a través de la justicia compensatoria o de preferencias.

A raíz de la turbulencia racial, la segregación forzosa de la Universidad de Alabama, y la Marcha sobre Washington en 1963, Kennedy habló a la nación en un discurso de los derechos civiles audaz y con visión de futuro, en el que pidió la actualización de la legislación de derechos civiles para evitar la discriminación. Tomando nota de las realidades dispares a que se enfrentaban los negros americanos y la negación explícita de sus derechos, Kennedy declaró que la nación se enfrentaba a una crisis moral y enfatizó la necesidad de avanzar para garantizar la igualdad de trato de todos los ciudadanos:

“Han transcurrido cien años de demoras desde que el presidente Lincoln liberó a los esclavos, sin embargo, sus herederos, sus nietos, no son totalmente libres. Todavía no se liberan de las ataduras de la injusticia. Ellos aún no son liberados de la opresión social y económica. Y esta nación, con todas sus esperanzas y todos sus alardes, no será totalmente libre hasta que todos sus ciudadanos sean libres.”
55

El Proyecto de Ley de Derechos Civiles, HR 7152, iniciado por el gobierno de Kennedy, se sometió a una serie de compromisos y fue aprobado por la Cámara en octubre de 1963, unas pocas semanas antes del asesinato de Kennedy. El presidente Johnson, quien asumió el cargo tras el asesinato de Kennedy, fue capaz de reunir el apoyo político necesario para aprobar la *Ley de Derechos Civiles de 1964*, hito que fortaleció los derechos de voto en las elecciones federales y consiguió solventar el problema de la segregación en las escuelas y otros lugares públicos.

Además, el Título VI prohibió la discriminación en los programas de asistencia federal, y el Título VII la discriminación en el empleo basada en razones de raza, color, origen y género.

La Ley de Derechos Civiles, también, terminó con la segregación en la educación superior, impidiendo las restricciones del gasto de los fondos federales en las escuelas y colegios segregados, y permitiendo al Gobierno Federal entablar demandas en nombre de las minorías.

Sin embargo, la incertidumbre sobre los objetivos de la legislación de derechos civiles fue y es su mayor problema. Dentro de ella, hay que destacar la deficiencia del *Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964*, el cual no da ningún tipo de definición sobre la discriminación positiva. No queda claro si la legislación se refiere a la igualdad de resultados o únicamente al cese de la discriminación (igualdad de trato). Este "embrollo legal" ha dado lugar a conflictos jurisprudenciales, y a su vez a la formación de una *Comisión de Oportunidades de Empleo* (EEOC), que en un principio se limitaba a investigar y conciliar quejas individuales sin el poder para iniciar

⁵⁵ KENNEDY, J. F. (11 de Junio de 1963). *Civil rights address*. Disponibilidad y acceso en <http://www.americanrhetoric.com/speeches/jfkcivilrights.htm>

demandas judiciales, y que progresivamente ha ido ampliando sus competencias a través de la reforma de 1972, que permitió la presentación de demandas en la Corte Federal, incluso contra empleadores privados. Y más adelante, con la *Ley de Derechos Civiles de 1991*, la EEOC asumió la responsabilidad de la investigación de quejas relacionadas con la discriminación contra individuos calificados con discapacidad en los procesos laborales.

Más tarde, con la Orden Ejecutiva 11246 (1965), emitida por el presidente Johnson, se adoptaron medidas para la mejora de las condiciones laborales de las mujeres y otras minorías, previó incremento de sueldos y contratos para estos sectores. Paralelamente, también, se experimentó un gran impacto social con las presidencias James A. Perkins en la Universidad de Cornell y Harlan H. Hatcher y Provost Roger W. Heyns en la Universidad de Michigan, que promovieron programas de admisión a minorías en 1964, programas que incluían mejoras en todas las escuelas, así como en doctorados, enfocados a las minorías desfavorecidas. A pesar de los esfuerzos de las universidades para hacer frente a la escasa representación de los estudiantes de minorías, la viabilidad de la acción afirmativa en las admisiones universitarias pronto se vino abajo frente a las demandas legales.

El momento de esplendor de las acciones antidiscriminatorias llegó, curiosamente, en los preludios de la década de los setenta, con la administración del republicano Nixon en 1969⁵⁶, antes de que el caso *Watergate* desbaratase su mandato. Siempre los progresos de la *Affirmative Action* habían seguido una cierta pendularidad histórica, con avances durante las administraciones demócratas y paralizaciones o leves retrocesos durante las administraciones republicanas. Esta fue la excepción.

El contexto social no podía ser más favorable: el movimiento “*youthquake*” (terremoto juvenil), la emergencia del fenómeno “*hippie*”, los movimientos de liberación de la mujer, hasta el extremo de que la política de favorecer las contrataciones de los afroamericanos provocó protestas entre los trabajadores blancos de las *White Unions*⁵⁷. Entre 1971 y 1972 se aprueban diversos *Bill* de la administración federal imponiendo cuotas en las industrias, lo que también se hizo en las ciudades, por ejemplo en la construcción en San Luis.

A mediados de los setenta, años 1974 y 1975 se produjeron significativas victorias de las minorías y de las mujeres. Impulso que continúa el demócrata Carter. Aunque ha de modularlo porque su presupuesto quedaba constreñido por importantes déficits heredados, en 1977 se aprueba el *Public Works Act* aunque con ciertas vacilaciones⁵⁸. Acciones, éstas, que sufrirán una revisión importante a raíz del caso *Bakke*, en 1978, que analizaremos en el epígrafe siguiente.

Más adelante, la acción afirmativa verá cercenado su impulso, en particular durante la administración Reagan en la década de 1980, a través de los gobiernos conservadores y los recortes presupuestarios y de personal en la aplicación de

⁵⁶ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Págs. 111-161 y más concretamente págs. 113-121.

⁵⁷ *Idem*, pág.122.

⁵⁸ *Idem*, pág.147.

medidas compensatorias⁵⁹. Ese fue el momento en que estas críticas afloraron con más vigor en el seno de la sociedad y de la acción pública norteamericana. Fue, como no podía ser menos, en lo se ha denominado la “revolución reaganiana”, con la llegada al poder del republicano Ronald Reagan, con un programa social que postulaba “*restore individual freedom*”⁶⁰. Criticando el intervencionismo gubernamental, el conservador Reagan sostenía que “*Governement is the problem*”⁶¹, para terminar afirmando que todas las “*quotas*” derivadas de la acción afirmativa iban contra la igualdad de oportunidades. En este sentido, los postuladores liberal-conservadores de la igualdad de oportunidades abogan por facilitar un entorno sexual y racial (un “*blind System*”) neutral, sin interferencias y sin un sistema de preferencias que anula los méritos en condiciones de igualdad, en detrimento de preferencias que no dejan de ser criterios políticos y no estrictamente jurídicos. Se llegó a afirmar que la reforma constitucional que abrió la discriminación positiva, *The civil Rights Act* de 1964, devino “*into a powerful engine of racism and sexism against white man*”⁶². El corolario último es que la acción afirmativa solo debía usarla en casos extremos de “*egregious discrimination*” (sentencia *United States vs. Paradise case*⁶³). Las eras conservadoras de Reagan y Bush de la década de los 80 consiguieron trasladar sus postulados a la *Corte Suprema*, cambiando jueces más proclives a sus sensibilidades, lo que invirtió los argumentos resolutorios de las cuestiones sobre las cuotas que llegaban a la corte suprema: “*quotas versus fairness*”⁶⁴, un *fairness* o equidad jurídica acorde con los principios constitucionales liberales y de igualdad de los prístinos postulados constitucionales ilustrados.

Pero lo más determinante en ese retroceso de la acción afirmativa fue la nueva composición de la Corte Suprema. Ya que desde los tribunales norteamericanos se interpreta la ley y establece el escenario para la práctica legislativa.⁶⁵

Para entender mejor la evolución de la acción afirmativa en Estados Unidos, es necesario en primer lugar comprender las cuatro corrientes de las que parte la misma⁶⁶:

1. En primer lugar, hay que situar, las órdenes ejecutivas en materia de empleo de los gobiernos federales y sobre todo centrales, de las que ya se ha hablado con anterioridad en el desarrollo histórico de la discriminación positiva.

2. En segundo lugar, las prácticas voluntarias de acción afirmativa, íntimamente relacionado con las anteriores.

⁵⁹CHUN Edna, EVANS Alvin. “The evolution of affirmative Action: A critical Review”. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report (2015): volume 41, Número 4, págs.1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.8-12

⁶⁰H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Pág.162.

⁶¹*Idem*, pág.162-3.

⁶²*Idem*, pág.198.

⁶³*Idem*, pág.191.

⁶⁴ANDERSON, Terry H. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Pág.216.

⁶⁵CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report (2015): volume 41, Número 4, págs.1-126. ISBN 9781119124924. Págs.8-12

⁶⁶*Idem* pág.2

3. En tercer lugar, las admisiones voluntarias en programas de las diferentes universidades del país.

4. Y por último y tal vez lo más importante, las decisiones jurisdiccionales en materia de segregación racial, de las cuales se habrá de tener en cuenta las principales sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos, imprescindibles al haber marcado la evolución legislativa del país en las últimas décadas.

2.1.2 Las críticas al modelo desde la Jurisprudencia. Desde el caso *Bakke* hasta *Schuetz*.

Extraordinariamente significativo y precursor de estas formulaciones críticas fue el caso *Bakke*, que se sustanció en la Corte Suprema norteamericana en junio de 1978 y que supuso la primera quiebra del inamovible dominio del trato preferencial para las minorías que suponía la *affirmative action* en el acceso a las universidades norteamericanas. Allan Bakke⁶⁷ era un estudiante de raza blanca que en 1973 instó su ingreso para estudiar en la Escuela de Medicina de la Universidad de Davis, California. Su puntuación era de 468 sobre 500. Ese año ingresaron 8 latinos, 6 negros y 2 asiáticos por el Programa de Admisiones Especiales, todos ellos con puntuaciones inferiores a *Bakke* (en tanto que que por el Programa Ordinario accedieron 2 negros y 13 asiáticos).⁶⁸ En el año 1974 el aspirante vuelve a intentarlo con resultados análogos. *Bakke* inicia una batalla legal con el argumento fundamental de que el discriminado era él por motivos raciales, lo que conculcaba la Enmienda 14 de la Constitución Nacional y el Título VI del Civil Rights Act de 1964. El fallo apretado de cinco jueces de la Corte Suprema contra cuatro, con el juez Powell como ponente, dio la razón a *Bakke* y abrió una interpretación jurisprudencial que se repetiría y que iba contra la línea de flotación de los postulados clásicos de las *cuotas* de la *affirmative action*. En el mismo sentido, Zenith, otro periodista blanco que había sido preterido en una contratación laboral, también gana con la misma argumentación⁶⁹.

Consecuencia práctica de estos postulados fue la reducción del presupuesto y la dotación federal para las políticas gubernamentales de *Affirmative Action*, con reducción de reserva de plazas para policías y bomberos, en las ciudades, desmontando también normas y cuotas locales temporales, acompañadas de innumerables sentencias entre los años 1982-87⁷⁰, propiciando entornos sexuales y raciales más neutrales.⁷¹

Estas formulaciones han llevado a suavizar, desde la década de los 90 del siglo XX, las a veces abruptas políticas de pura *discriminación positiva*, transformándolas en políticas más integradoras y menos intervencionistas, lo cual se reflejó, por ejemplo, en

⁶⁷ CHUN Edna, EVANS Alvin. "The evolution of affirmative Action: A critical Review". En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015: Volumen 41, Número 4, págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.22-25

⁶⁸ AKHAVAN, Alex. "A Preferable Way to Treat Preferential Treatment", *UCLA LAW REVIEW*, California, 2015. Volumen 42. Págs.1016-1054. ISSN: 0041-5650. Págs.1020-1024.

⁶⁹ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press, 2004. ISBN 9780195182453. Págs. 148-152.

⁷⁰ *Idem*, Págs.164-167.

⁷¹ CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015: volumen 41, Número 4, págs.1-126. ISBN 9781119124924. Págs.22-25.

la composición del gabinete del demócrata Clinton, el más “diverso” e integrador de la historia con cinco mujeres, cuatro negros y dos hispanos⁷². En el mismo sentido y respecto al ejército, con la presencia de *gays* en sus filas, se alcanzó un compromiso de la cúpula militar con la presidencia de no preguntar a los soldados por su inclinación sexual y de que estos no tuvieran la obligación de manifestarla: “*don’t ask, don’t tell*”⁷³; o en el mismo sentido a plantear y tratar la obesidad como una *disability*, una discapacidad. Esta apuesta de la administración Clinton por la integración de los diversos llevando a afirmar, al presidente, que “*we will are better and stronger for that diversity*”⁷⁴. La cuestión inmediata que se suscita - y ahí está el dilema- es si esta función integradora, principal y evidente bondad de la discriminación positiva, es o puede ser construida desde otras políticas menos agresivas que no sean una estricta “discriminación” y, por ende, una quiebra de la igualdad.

Con tanta relevancia como el *Bakke*, ya para el siglo XXI, hemos de hacer referencia a los casos *Grutter* y *Gratz*, ambos suscitados igualmente en la Corte Suprema, en el año 2003, frente a la Universidad de Michigan⁷⁵. En ambos casos, se resolverá sobre la base jurisprudencial sentada con el caso *Bakke*. La Corte Suprema tomó decisiones similares, sobre todo afirmando que la elección de un alumno por su raza solo puede ser un factor añadido del alumno y no un todo, que impida valorar las demás cualidades del alumno y de sus competidores. Hay que subrayar en este punto que la Corte Suprema considera cualidades intrínsecas aquellas que son inherentes a la persona, frente a las extrínsecas, que son todo aquel conjunto de cualidades que debe reunir una persona para ser nombrada en un cargo. En este caso, formar parte de una minoría no debe ser considerado como una cualidad extrínseca, sino únicamente como una cualidad intrínseca, es decir que se tendrá en cuenta a la hora de evaluar el ingreso de una persona en la universidad, pero no como aquella que facilite su ingreso inmediato. De lo contrario, violaría la cláusula de igualdad de protección. No se debe dar una ventaja excesiva a cualquier estudiante por el mero hecho de ser de otra raza⁷⁶.

En el caso *Grutter*, tal y como dejó plasmado la magistrada O’Connor en sus conclusiones, para que en la política de admisión de una universidad sea tenida en cuenta la raza se deben cumplir una serie de requisitos⁷⁷:

- El caso debe ser analizado de forma individualizada, no puede valorarse a cualquier miembro de una minoría de forma discriminatoria frente al que no lo es por el mero hecho de formar parte de la misma.
- No debe perjudicar a los miembros de otros colectivos, con independencia de los colectivos que se trate.
- Estas políticas deben ser revisadas periódicamente, es decir, nunca deben tener una duración indefinida

⁷² H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press, 2004. ISBN 9780195182453. Págs. 221-222

⁷³ *Idem*, pág.225.

⁷⁴ *Idem*, pág.222.

⁷⁵ AKHAVAN, Alex. “A Preferable Way to Treat Preferential Treatment”, *UCLA LAW REVIEW*, California, 2015. Volumen 62. Págs. 1016-1054. ISSN-0041-5650. Págs.1020-1024.

⁷⁶ *Idem* págs.1041-1043

⁷⁷ CHUN Edna, EVANS Alvin. “The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*”. ASHE Higher Education Report, 2015: volumen 41, Número 4, págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.22-25

- Se debe excluir la utilización de cuotas, pues las mismas causan un perjuicio gravísimo a estudiantes con calificaciones superiores.
- Y, por último, que se apoyen en el principio de la raza neutral o el *color blindness*⁷⁸. Requisitos que veremos coinciden en gran parte con otro hito jurisprudencial, el caso *Paradís*, a finales de la década de los 90, al que aludiremos en el próximo apartado.

En el caso *Gratz*, el tribunal atacó a la Universidad de Michigan por tener criterios demasiado mecanicistas en la selección del alumnado. En este caso, la opinión de la magistrada O'Connor fue refrendada por el magistrado Powell, el cual aseguró que tener una cuota de selección exclusivamente destinada a los alumnos de una determinada minoría sería inconstitucional. Sin embargo, es importante destacar que en este caso se confirmó que la diversidad beneficia a la enseñanza, a pesar de que los estudios confirmen que los beneficios de esta diversidad se registren mayoritariamente en estudiantes de raza blanca, al no estar sometidos a estereotipos raciales, a diferencia de los asiáticos, latinos y afroamericanos⁷⁹.

Referencia obligada posterior será el caso *Fisher*. Hay que reseñar de esta sentencia, dictada en 2008, que por primera vez la Corte Suprema de Estados Unidos se opone frontal y explícitamente al uso de preferencias raciales en las universidades⁸⁰. En este caso, a Abigail Fisher, un estudiante de color, se le denegó el acceso en la Universidad de Austin (Texas). Esta universidad, tenía una política de acceso preferente sobre el 10% de los mejores estudiantes graduados en la Escuela de Secundaria de Texas, lo cual por si solo ya podría ser una discriminación al resto de estudiantes. Este hecho fue aún más problemático, en el año en que Fisher solicitó el acceso habían accedido el 81% de los estudiantes de esta Escuela, algunos de los cuales habían entrado de forma automática sin someterse a ningún requisito formal de selección⁸¹. Fisher alegó, ante el tribunal, una clara violación del derecho de igualdad y reclama el cese de la discriminación inversa.

Finalmente, la cuestión planteada por Fisher fue estimada por siete votos contra uno. Hay que destacar el voto particular del magistrado Kennedy, que hablando por la mayoría, reiteró nuevamente la jurisprudencia sentada en el caso *Grutter*. Al ser el juez Bader el único disidente, se remitió el caso al Quinto Distrito de la Corte de Apelaciones, el cual confirmó la sentencia y aprovechó para sentar jurisprudencia⁸².

En esta sentencia se llegó a la importantísima conclusión de que los programas de acción afirmativa pueden no sobrevivir a la revisión de la Corte Suprema. Estas revisiones son uno de los pocos medios que pueden luchar contra las injusticias legales

⁷⁸SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. ISBN 9780226761787. Pág.23.

⁷⁹ CHUN Edna, EVANS Alvin. "The evolution of affirmative Action: A critical Review". En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015: volumen 41, Número 4, págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Págs 55y 56.

⁸⁰*Idem*. Págs. 30-36.

⁸¹ Fisher v. Univ. of Tex. at Austin, 758 F.3d 633, 637 (2014).

⁸² CHUN Edna, EVANS Alvin. "The evolution of affirmative Action: A critical Review". En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015: volumen 41, Número 4, págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.30-36

o tácitas⁸³. Por otra parte, también hay que tener en cuenta que el problema que se suscita en esta caso no se produce de forma aislada, ya que en otras universidades los estudiantes de raza blanca tienen que tener puntuaciones superiores en 140 puntos a sus compañeros de otras etnias protegidas, no para acceder por delante de ellos, sino para tener una mínima oportunidad de acceso⁸⁴.

Por último, hay que destacar el caso *Schuette*, en el que la Corte Suprema, en 2014, debatió la constitucionalidad de un referéndum estatal que prohibía el trato preferencial. Durante el proceso, el Procurador General Bill Schuette argumentó que se estaba imponiendo una carga injusta al establecer estas políticas preferenciales. Defendió su tesis argumentando que estas políticas crean desigualdades al afectar solo a ciertos sectores; es decir, al ser aplicadas de forma dispar. Frente a él, la Coalición para la Defensa de la Acción Afirmativa respondió dando a entender que la inaplicación de las políticas de discriminación positiva sería un trato preferencial indirecto para los estudiantes blancos. El magistrado Kennedy llegó a la conclusión de que estas medidas efectivamente funcionaban, ya que lograban la diversidad en las universidades y que la política de la universidad no era inconstitucional⁸⁵.

Sin embargo, lo realmente relevante de este caso es que se confirmó la posibilidad de que cada estado, mediante referéndum, pudiera prohibir la discriminación positiva como factor determinante. Esta decisión del tribunal se ha puesto en práctica no solo en el estado de Michigan, sino que se ha extendido a otros estados, como Arizona, California, Nebraska, Oklahoma y Washington, en los cuales se ha prohibido la utilización de la raza como factor determinante para acceder a universidades y a puestos públicos⁸⁶.

Del conjunto de este análisis se pueden extraer dos cuestiones primordiales sobre nuestro objeto de estudio entre la sociedad norteamericana:

a) Por un lado, la falta de concreción del término “acción afirmativa” en Estados Unidos, ya que ningún texto legislativo la define con claridad y dentro de los órganos estatales y supraestatales se hacen diferentes interpretaciones. Según la Comisión de Derechos Civiles de Michigan, el trato preferencial se produce cuando una institución, en su proceso de admisión, ofrece una discriminación legal a un solicitante o a un grupo de ellos frente a los demás. La Corte Suprema de California, en 2005, dijo que se trata de una preferencia o ventaja sobre los demás. Y la Fiscalía de Washington, en 1998,

⁸³ BARNES, Mario L., CHEMERINSKI, Erwin y OWACHI-WILLING, Angela. Judging Opportunity Jost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas, *UCLA LAW REVIEW*, California, 2015. Volumen 62. Págs. 272-305. ISSN-0041-5650. Págs.303-305.

⁸⁴ CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015: Volumen 41, Número 4, págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Pág 63.

⁸⁵ AKHAVAN, Alex. A Preferable Way to Treat Preferential Treatment, *UCLA LAW REVIEW*, California, 2015. Volúmen 62. Págs. 1016-1054. ISSN- 0041-5650. Págs. 1024-1027.

⁸⁶ CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report (2015): volúmen 41, Número 4. Págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Págs.36-38

identificó dos enfoques del tratamiento preferencial, uno referido a la reserva de plazas y otro referido a cualquier consideración de raza o género en una competición⁸⁷.

b) Por el otro lado, las decisiones de los tribunales dejan patente la ambigüedad de la definición de trato preferencial. En unas ocasiones se define la misma como el establecimiento de una cuota mínima para ciertas minorías. Sin embargo en otras como un sistema de puntos.

Pero quizá la definición más clara y completa es la establecida por el Consejo Nacional de Investigación sobre la Mujer, en 1996, el cual definió la acción afirmativa como el conjunto de políticas públicas, leyes y órdenes ejecutivas, así como prácticas voluntarias y ordenadas por la Corte, diseñadas para promover la equidad y la diversidad⁸⁸.

Desde el sector más conservador de Estados Unidos, apoyan esta tesis y creen que la desigualdad no es estructural, sino un resultado del esfuerzo personal, una característica del sistema, y que cualquier esfuerzo por cambiarla solo crearía más desigualdad e incluso sembraría el caos⁸⁹. Un atentado contra la “igualdad de oportunidades” que pugna con el principio del mérito entre iguales y que hunde sus raíces en las viejas formulaciones liberal-jeffersonianas del siglo XVIII, en lo que se ha dado en llamar “*American personalism*”⁹⁰. Con el paso del tiempo, la acción afirmativa ha sido enmarcada como negativa al crear ventajas injustas sobre colectivos minoritarios, que no se han visto capaces de adaptarse a la meritocracia.

2.1.3 La salud de la legislación antidiscriminatoria en Estados Unidos. Estado de la cuestión.

Se puede decir que desde el caso *Bakke* la Corte Suprema ha ido negando la necesidad compensatoria en materia de cuotas, y cercenando, junto con la acción del ejecutivo, otras materias menos controvertidas de la acción afirmativa.

Un ejemplo, en este caso de la acción política, lo tenemos a finales del siglo XX en la administración demócrata de Clinton en su primer mandato. En 1992 revisó los abusos que provocaba otra de las políticas antidiscriminatorias, los *set-aside*s de subvenciones y ayudas sociales -en una sociedad que cree tanto en la libre competencia como es la norteamericana- a firmas o empresas desaventajadas de minorías⁹¹. El conservador Bush, elegido en el 2000, que curiosamente nombró secretaria de estado a

⁸⁷ AKHAVAN, Alex. “A Preferible Way to Treat Preferential Treatment”, *UCLA LAW REVIEW*, California (2015). Volumen 62. Págs. 1016-1054. ISSN-0041-5650 Pág.1036.

⁸⁸ MASSEY, Garth. “Thinkings about Affirmative Action: Arguments Supporting Preferential Policies”. *Review of Policy Research*. 2004 volumen 21 fascículo 6. Págs 783-797. ISSN: 1541-1338.

⁸⁹ DAVIS, Kingsley, & MOORE, Wilbert E. “Some principles of stratification”. *American Sociological Review*. 1945, Volumen 10(2). Págs. 242–249. ISSN: 1939-8271

⁹⁰ K. NIELI, Russel. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821. Pág. 53, el autor alude a las raíces liberales y cristianas del constitucionalismo americano que tiene sus orígenes en la declaración de Independencia y que formula así como *American personalism*.

⁹¹ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Pág.254.

una afroamericana y mujer, Condolezza Rice, ya se atrevió a posicionarse claramente en contra, sin ambages, de todas estas políticas: “*I suport -afirmaba- the spirit of no quotas, no preferences*”⁹² Incluso el nombramiento del actual presidente Barack Obama en 2008 como el primer presidente de color de la Casa Blanca, ha sido visto por muchos como símbolo de que las distinciones raciales ya no importan en Estados Unidos, sirviendo de reacción contra las políticas de discriminación positiva⁹³.

En los sectores centrales de la política, se cree que los esfuerzos por cambiar la desigualdad no van a ser baratos y, además, que sus resultados son inciertos. Para defender esta teoría se apoyan en que la mayoría de las empresas de éxito están encabezadas por hombres, casi todos blancos. Por si fuera poco, los resentimientos sociales van aumentando de forma exponencial con el establecimiento de cupos de contratación y con la reserva de las mejores plazas educativas del país a las minorías⁹⁴.

La jurisprudencia, como ya vimos, se ha ido afinando más restrictivamente desde las décadas finales del siglo XX, declarando, en general nulas las “*quotas*” per se y apostando por otras políticas de menos impacto general que resolvían cuestiones concretas, como políticas de *assets* para subvencionar, por ejemplo, acciones emprendedoras de las minorías. En este sentido de restricción jurisprudencial, resulta paradigmático el caso *United States vs. Paradise*, 1987⁹⁵, que traía causa de la exclusión de contratación de personal negro por el Departamento de Salud de Alabama. Pero lo importante en este no fue tanto la resolución cuanto los criterios jurisprudenciales restrictivos que condicionan la legitimidad en el uso de la *Affirmative Action* respecto a las cuotas, declarándose nulas⁹⁶ si no cumplen tres requisitos:

- a. Ha de ser una medida de duración limitada.
- b. Ha de ser objetiva, pero que permita una aplicación flexible, y
- c. Ha de ser cuidadosamente modulada para no violentar innecesariamente los derechos a la igualdad de la mayoría (blanca)⁹⁷.

Las Sentencias de los casos posteriores del siglo XXI, a que aludimos en el apartado anterior, casos *Grutter* y *Gratz* (2003), *Fisher* (2008) y el recentísimo *Schutte* (2014) apuntalan esta tendencia.

Todo esta secuencia ha generado un cierto escepticismo, que se ha materializado en el movimiento “*Diversity*” desde la década de los 90 del siglo XX con nuevas afluencias de inmigrantes, postulándose por los sectores liberales una integración y contacto, como alternativa a la radical aplicación de cuotas. De forma que a estas alturas del siglo XXI, la sociedad americana, después de 40 años, se encuentra

⁹² *Idem*, Pág.262.

⁹³ CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report (2015): volumen 41, Número 4, págs 1- 126. ISBN 9781119124924. Pág.19

⁹⁴ MASSEY, Garth. “Thinkings about Affirmative Action: Arguments Supporting preferential Policies”. *Review of Policy Research*. 2004 volumen 21, fascículo 6. Págs 783-797. ISSN:1541-1338. Pág.786.

⁹⁵ *Decidido por la Corte Suprema en febrero de 1987, United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987). *United States v. Paradise*.no. 85-999. Disponibilidad y acceso: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/149/case.html>

⁹⁶ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453. Págs.190 y ss.comenta el caso *Paradise*.

⁹⁷ *Idem*, Págs.191-192.

ante un dilema: ¿debe continuar la acción afirmativa? Y si es así ¿en qué forma? ¿O definitivamente debe abandonar tal política?⁹⁸

A pesar de todas estas críticas, sigue habiendo acérrimos defensores de la Acción Afirmativa en Estados Unidos, los cuales se apoyan en tres argumentos básicos:

- En muchas ocasiones la discriminación es la opción sensata e incluso racional de los individuos y las empresas. No es la más recomendable para el conjunto social, ya que el aumento de la desigualdad puede crear inestabilidad en una sociedad. Por ello, es necesaria la disminución de estas formas de discriminación, y esta solo puede desarrollarse si hay una acción afirmativa, es decir, una serie de normas y leyes que prohíban la discriminación estadística⁹⁹.

- El segundo argumento para mantener las políticas de discriminación positiva es el planteado por Rawls en su trabajo, *A Theory of Justice*, en el cual, plantea que la gente razonable de una sociedad puede ponerse de acuerdo para establecer unos principios que guíen a dicha sociedad, y estos principios, claramente incluirían la acción afirmativa. La base para fijar estos principios consistiría en imaginar vivir en un mundo sin conocer nuestras propias características personales (sexo, edad, raza etc.) y posteriormente fijar las normas que deberían regular ese mundo y aplicarlas en nuestra sociedad¹⁰⁰.

- Y finalmente como tercer argumento, a pesar de ser el más simple, puede que para muchos sea el más fuerte, sería el planteado por Ruth Sidel en su libro, *On Her Own: Growing Up in the Shadow of the American Dream*, en el cual de una forma sencilla plantea la pregunta de quiénes son nuestros sucesores y que mundo nos gustaría qué heredaran. A partir de esta pregunta se han de desarrollar una serie de políticas que nos permitan alcanzar el objetivo de que nuestros hijos vivan en un mundo justo para todos¹⁰¹.

⁹⁸ El dilema lo plantea Terry ANDERSON, *Idem*, Pág. 284: “should Affirmative Action *continued, if so, in wich form, or after four decades would America be better off without the policy*”.

⁹⁹ MASSEY, Garth. *Thinkings about Affirmative Action: Arguments Supporting Preferential Policies*. *Review of Policy Research*. 2004 volumen 21 fascículo 6. Págs 783-797. ISSN- 1541-1338. Págs. 792-793.

¹⁰⁰ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Harvard University Press. 1971. ISBN 9780674000780

¹⁰¹ SIDEL, Ruth. *On her own*. Viking Penguin, New York. 1990. ISBN 9780670831548.

2.2 LA UNIÓN EUROPEA. La D.P. en el estado de bienestar.

2.2.1 Políticas de la U. E.

Durante el siglo XX, el constitucionalismo social europeo de posguerra, uno de cuyos últimos hitos y culminaciones es la carta magna española de 1978, ha construido el más amplio y sólido espacio de estado de bienestar; bien es cierto, que en estos últimos años, ha sido menoscabado por las crisis de inicios del siglo XXI. Aún con todo, el modelo sigue estando incólume en lo sustancial. La cuestión que nos planteamos, y que pretendemos abordar en este apartado, es cómo han integrado y encajado las viejas naciones de Europa el derecho antidiscriminatorio en ese modelo.

Tal como vimos, la acción afirmativa nació en Estados Unidos, y desde allí se fue extendiendo progresivamente a otras naciones íntimamente relacionadas con el viejo continente, fundamentalmente otras antiguas colonias británicas. Pero a su vez, las políticas antidiscriminatorias tuvieron una particular repercusión en Europa, donde tomaron una dirección propia y autónoma, relacionada paralelamente con las políticas desarrolladas en el continente americano fundamentalmente en su ámbito objetivo (aplicación de incentivos y ayudas a los sectores desfavorecidos), pero con unas características subjetivas singulares (diferentes destinatarios de las políticas).

A diferencia de las medidas de discriminación positiva adoptadas por el resto de países, fundamentalmente en relación a las etnias y grupos raciales¹⁰² (destacando Estados Unidos donde las políticas de acción afirmativa se centran en el colectivo afroamericano, dando una relevancia central al sector de la educación superior como se ha visto en apartados anteriores¹⁰³), en Europa, estas medidas antidiscriminatorias se han centrado esencialmente en el papel de la mujer en la sociedad actual, y más concretamente en el ámbito laboral, aunque también, hay que hacer mención a las políticas enfocadas en otorgar una función representativa a la mujer dentro de las políticas nacionales y comunitarias. En ambos casos, hay que tener en cuenta que el elemento político influye de forma crucial al elemento jurisprudencial, el cual, está influido por filtraciones ideológicas de los grupos dominantes.

El principio de igualdad por razón de sexo quedó consagrado desde los primeros momentos del surgimiento de la Unión Europea. El Tratado de Roma, de 1957, en su artículo 119, establecía la obligación de constituir una igualdad retributiva entre los trabajadores masculinos y femeninos¹⁰⁴, de que trabajaran en un mismo sector con la misma categoría laboral¹⁰⁵.

¹⁰² SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones (2006). ISBN 9788493465889.

¹⁰³ H. ANDERSON, Terry. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press (2004). ISBN 9780195182453.

¹⁰⁴ En parte, esta medida fue adoptada por presión de la República de Francia, que al contar con este precepto en su legislación, podría verse perjudicada frente a otros países, en el caso de que no la adoptasen, al poder tener trabajadoras con sueldos más bajos que los varones.

¹⁰⁵ MARTÍN VIDAL, María Ángeles. *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas ediciones S.L. 2003. ISBN 978447019411. Pág. 55

Durante los primeros años estas medidas apenas fueron de aplicación, por la escasa construcción, e incluso relevancia de la, por entonces, Comunidad Económica Europea. Solo a partir de la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, que ponía en marcha el *Programa de Acción Social*, se iniciaron una serie de políticas que pretendían establecer una efectiva igualdad entre hombres y mujeres¹⁰⁶.

Desde ese momento y de cara a la consecución de este objetivo, se comenzaron a aprobar de forma sucesiva una serie de directivas que readaptaron de forma sustancial las políticas desarrolladas hasta el momento, no solo en el seno de la Unión sino a nivel de legislación interna de los países miembro de la misma.

En este sentido hay que destacar:

- La Directiva 75/117 de 10 de febrero de 1975, que se encargó de perfilar el contenido del art 119 TCE, asegurando una igual retribución para tareas de igual valor.
- La Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976, que extendía la igualdad de trato al acceso a empleo, formación, promoción y condiciones profesionales.
- La Directivas 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 y 86/378/ CEE de 24 de julio de 1986. Dentro de las cuales, la primera garantizaba la igualdad en materia de Seguridad Social entre hombres y mujeres, y la segunda, la igualdad de regímenes de la Seguridad Social para empleados de distinto sexo.
- La Directiva 86/613/CEE de 11 de diciembre de 1986, que garantiza la igualdad de trato para actividades autónomas, agrícolas y la protección de la maternidad.
- La directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, que pretende promover la salud de las trabajadoras embarazadas y en periodos de lactancia.
- Y, finalmente, la directiva 97/80/CE de 15 de diciembre de 1997, que invierte la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo¹⁰⁷.

Todas estas directivas han contribuido a hacer más efectivo el principio de igualdad. Pero la importancia de ellas no radica únicamente en ello, se basa fundamentalmente en que no son meramente nominales o retóricas, sino que constituyen derecho aplicable y pueden ser directamente invocadas por los ciudadanos particulares ante los órganos jurisdiccionales de los estados miembros, organismos públicos de cualquier categoría dentro de los mismos, otros supranacionales (embajadas y órganos de funcionamiento de la Unión Europea) y también frente a otros particulares.

Hay que reseñar, por último, que en 1982, se puso en marcha el Programa de Acción de la Comunidad para la Promoción de la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres, cuyos objetivos fundamentales fueron la aplicación de la igualdad por razón de sexo y el fortalecimiento de los derechos individuales de las mujeres, y que ha sido renovado en diferentes ocasiones hasta llegar a la actualidad¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ídem*.

¹⁰⁷ *Ídem*. Págs. 56-60

¹⁰⁸ MARTÍN VIDAL, María Ángeles. *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas ediciones S.L. 2003. ISBN 978447019411. Pág.66

2.3.2 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A pesar de manifiesta importancia de las directivas mencionadas en el apartado anterior, el papel más importante en materia de igualdad, al igual que sucede en Estados Unidos con la Corte Suprema, lo ha tenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sobre todo a partir de la sentencia del caso *Defrenne II*¹⁰⁹, que permitió la apertura de cauces legales efectivos para las directivas anteriormente mencionadas.

Antes de comenzar el análisis de las principales sentencias desarrolladas en el seno de la Unión Europea, para entenderlas mejor, hay que destacar que en Europa se han conformado tres modos diferentes de poner en práctica la discriminación positiva¹¹⁰:

- Medidas de puntuación extra: esta medida, como su propio nombre indica consiste en conceder al miembro del grupo tradicionalmente marginado una puntuación extra, que se le sumará a la asignada por sus méritos presentados para la obtención del puesto laboral.

- Medidas de desempate: adjudican más o menos automáticamente el puesto controvertido al miembro del colectivo discriminado, siempre que su nivel de cualificación sea idéntico al de otros candidatos que aspiran a ese puesto.

- Medidas de preferencia automática: no exigen necesariamente a los miembros del colectivo discriminado la misma cualificación que al resto de candidatos. A diferencia de las dos primeras medidas expuestas, estas sí dañan la meritocracia como valor fundamental en este tipo de selecciones.

Esto nos permite advertir, como ya reseñamos en la parte general de este trabajo, que las medidas de discriminación positiva también abarcan en Europa desde técnicas más o menos inocuas de acción afirmativa, hasta técnicas más incisivas y rotundas de discriminación inversa.

a) El caso *Kalanke*, STJCE de 17 de octubre de 1995.

El caso *Kalanke* se inició en Bremen (Alemania). El señor Kalanke y la señora Glissmann competían por el puesto de Jefe de sección de Parques y Jardines de dicha ciudad y ambos tenían idéntica capacitación¹¹¹. Finalmente, el puesto fue para la señora Glissmann, en aplicación de la ley de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública. En dicha ley se establecía que al efectuar una selección, se concedía preferencia a las mujeres frente a los varones con la misma cualificación en los sectores en los que las mujeres estaban infrarrepresentadas. Ante esto, el señor Kalanke, que se sentía lesionado, recurrió ante los tribunales alegando que contaba con una capacitación, incluso, ligeramente superior a la candidata femenina.

En primera instancia su petición fue desestimada, de forma que acudió a la instancia superior, el Tribunal Federal Alemán de Trabajo, donde se planteó una

¹⁰⁹ *Defrenne II* de 8 de abril de 1976, en la cual se estableció que el art 119 del TCE, es de aplicación directa.

¹¹⁰ *Ídem*. Págs.47 y 48, refiriéndose el autor, en este caso, al ámbito laboral.

¹¹¹ HINTON, Eric F. "The Limits of Affirmative Action in the European Union: Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt". en *Journal Women & Law*, nº 6, Bremen.1997. Págs 215-239. ISSN 1058-5427 727.

cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el cual, debía decidir si la ley de Bremen era compatible con el derecho comunitario¹¹².

El Tribunal Federal Alemán de Trabajo no consideraba que existiera incompatibilidad entre ambas legislaciones. Sostenía también, que el privilegio a favor de las candidatas podría excepcionarse por razones de equidad¹¹³.

El TJCE llegó a la conclusión de que el modelo contenido en la ley Alemana era contrario al derecho comunitario. Una norma nacional que establece que en una promoción las mujeres, que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos, gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo. Sentó que el art 2.4 de la Directiva 76/207 había que interpretarlo restrictivamente porque implica, en su opinión, una excepción a un derecho individual reconocido en la misma directiva. El TJCE, finalmente, llegó a la conclusión de que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato, y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art 2.4 de la Directiva¹¹⁴.

A raíz de esta sentencia, el Parlamento Europeo y el Consejo pusieron en marcha la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modificaba la directiva 76/207/CEE y garantizaba la plena igualdad entre hombres y mujeres¹¹⁵.

b) El caso *Marshall*, STJCE DE 11 de noviembre de 1997.

En este caso, señor Marshall trabajaba como maestro en Renania del Norte-Westfalia (Alemania) y en 1994 presentó su candidatura para ser promovido a una categoría superior. En esta categoría el número de mujeres era inferior al de hombres. Con esto, y al presentarse una candidata con una cualificación igual a la del señor Marshall, se le dio el puesto a ella. Esta decisión se basó en el artículo 5 de la Ley de Función Pública de Renania del Norte-Westfalia, donde se establece que en caso de que haya una igual cualificación entre candidato varón y mujer, se le dará el puesto a la misma “*salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor*”¹¹⁶.

Al igual que en el caso anterior, se interpuso demanda ante a los tribunales y posteriormente hubo un recurso ante el Tribunal Administrativo, que, una vez comprobada la idéntica cualificación de ambos candidatos, planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE, para que el mismo apreciase la compatibilidad de la normativa alemana y la europea.

¹¹² MARTÍN VIDAL, María Ángeles. *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas ediciones S.L. 2003. ISBN 978447019411. Pags.71-73

¹¹³ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. La discriminación positiva en el ámbito comunitario. *Actualidad Laboral*, número 44, 1995. Pág. 762. ISSN-0213-7097.

¹¹⁴ MARTÍN VIDAL, María Ángeles. *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas ediciones S.L. 2003. ISBN 978447019411. Pág. 74

¹¹⁵ *Ídem*. Pág.77

¹¹⁶ *Ídem*. Págs.77 y 78.

El tribunal alemán tenía dudas sobre la compatibilidad de ambas normativas porque, de acuerdo con el caso *Kalanke*, la preferencia parecía constituir una discriminación por razón de sexo hacia los empleados masculinos. Por otra parte, porque lo que condicionaba la aplicación del precepto era el número de varones y mujeres en cada categoría laboral. Y en último lugar, porque se dirigía a corregir la desigualdad a nivel de resultados y no a nivel de oportunidades como pretendía la normativa comunitaria¹¹⁷.

Finalmente, el tribunal llegó a la conclusión de que la normativa de derecho interno alemán no se oponía a la comunitaria. Para alcanzar esta decisión, el TJCE se basó en que en el supuesto de igual capacitación de dos candidatos a un puesto, la tendencia era la de seleccionar al candidato masculino, debido a estereotipos y al miedo de que las mujeres interrumpieran su carrera profesional de forma más común (por cargas familiares o embarazos). Y por otro lado, porque a diferencia de la jurisprudencia sentada con el caso *Kalanke*, en este caso hay una “cláusula de apertura”, es decir, se garantiza que aparte de los criterios de capacitación y de sexo, se puedan tener en cuenta las circunstancias personales de cada candidato de cara a un puesto. Con todo ello, el tribunal acepta el caso *Marshall* como un modelo concreto de discriminación inversa, ya que permite un análisis individualizado de los pretendientes al puesto. Esta sentencia, es de vital importancia, ya que ha permitido profundizar, en incluso aclarar, la línea jurisprudencial abierta por el caso *Kalanke*¹¹⁸.

c) El caso *Badeck*, STJCE de 28 de marzo de 2000.

El caso *Badeck*, por su parte, es algo más complejo que los casos anteriores, ya que el TJCE se pronunció de forma favorable y simultánea sobre la compatibilidad de la Directiva 76/207 y cinco modelos distintos de acción positiva contenidos en la Ley de Hessen sobre la Igualdad de Derechos entre mujeres y Hombres y para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres en la Administración Pública, de diciembre de 1993.

Es importante destacar, en este caso, al abogado General Saggio, que emitió un razonamiento a través del cual se admite la legalidad de las medidas de acción positiva, no solo cuando lo que se pretende es garantizar la igualdad de oportunidades, sino también cuando estas medidas inciden directamente en los desventajados, dándoles preferencia efectiva en la contratación y promoción.

En el primero de los modelos discutidos, y sin duda el más relevante a la hora de establecer nuevos criterios jurisprudenciales, en el caso *Badeck*, se otorgaba preferencia a las candidatas femeninas en caso de igualdad de puntos frente a los masculinos, salvo que se opusiese una norma de rango jurídico superior.

Estas excepciones normativas de rango jurídico superior eran: trato preferente a antiguos miembros de personal cesados por razones familiares, aquellos que voluntariamente hayan cumplido un servicio de duración limitada, en caso de minusválidos y finalmente casos de desempleo de larga duración. Todos estos casos, excluyen los supuestos en que las mujeres tengan preferencia de carácter absoluto e

¹¹⁷ *Ídem*. Pág. 79

¹¹⁸ *Ídem*. Págs.80-86

incondicional, tal y como estableció la sentencia *Kalanke*¹¹⁹, y por tanto no se vulnera la el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Con el desarrollo de las medidas antidiscriminatorias en Europa se puede extraer una conclusión muy clara, la mujer durante mucho tiempo ha estado ubicada en una posición de inferioridad frente a los hombres, esta posición se ha dado durante siglos, se podría decir que incluso de forma permanente hasta la fecha. Por ello, al igual que sucede con los afroamericanos en Estados Unidos, esta posición de sometimiento histórico debe ser compensada mediante medidas antidiscriminatorias, de lo contrario podría llevarnos a que se acentúe y persista esta discriminación fáctica.

Por otro lado, como dejan claras todas las sentencias, estas medidas que deben ser adoptadas para reequilibrar a las dos partes de la sociedad (hombres y mujeres), no pueden ser de ningún modo absolutas, de lo contrario se estaría fomentando un fenómeno discriminatorio gravemente perjudicial para la sociedad en su conjunto, y esto nos llevaría a la vulneración del principio de igualdad, axioma indiscutido que rige en las sociedades occidentales. Para impedirlo es necesario bloquear el automatismo a la hora de aplicar estas medidas. Y esto sólo se consigue, como se ha podido ver en los casos anteriormente analizados, mediante el establecimiento en las normativas, bien estatales o bien comunitarias, de cláusulas de apertura, que permitan a los organismos aplicadores tener en cuenta las circunstancias individuales del trabajador concreto que solicita el puesto y no únicamente sus méritos, su color o su género.

2.3 La India. El modelo del Tercer Mundo.

2.3.1 La Compleja naturaleza del modelo Indio.

La India es el país más antiguo en la aplicación de las medidas de discriminación positiva. Esto tiene una sencilla explicación: la gran diversidad de castas, religiones y dialectos que conviven de forma simultánea en este país del corazón del continente asiático y su enorme extensión y población¹²⁰. Esta multiculturalidad ha obligado al país a adoptar medidas que no han sido necesarias en otros de su entorno.

Para incidir en el estudio de las políticas de discriminación positiva en la India hay que tener en cuenta, además de su complejo entramado social, la naturaleza del mismo. A la India, a pesar de haber sido una colonia británica durante cerca de dos siglos, no le son de aplicación los esquemas de estratificación social occidentales, ya que los mismos parten de la diferenciación piramidal cuyos orígenes, de raíces seculares, se remontan a las pretéritas sociedades esclavistas, que supieron readaptarse en el tránsito a la modernidad, hasta forjar la actual sociedad de clases, con el individuo como eje central. En la India en cambio, unidad básica social no es el individuo, sino el grupo, partiendo de la familia en su sentido extenso, hasta las castas. La sociedad india, se conforma con arreglo a una visión holística, contrapuesta a la visión occidental¹²¹.

¹¹⁹ *Ídem*. Págs.86-98

¹²⁰ SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.

¹²¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “La lucha contra la desigualdad Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*. 2014, Nº. 4, págs. 65-99. ISSN 0719-2959. Págs. 75-76

Esta estructura social, nos lleva a apartarnos, en cierta medida, de los principios básicos de los ordenamientos norteamericano y europeo, analizados anteriormente.

2.3.2 Evolución y principales medidas

Las primeras medidas de acción afirmativa que aparecieron en la India datan de finales del siglo XIX, cuando el país, aún estaba bajo dominio británico. Ante la presión de algunos movimientos insurgentes contra el dominio de la casta brahmán, se implantaron en el país ciertas medidas de inserción social para las castas desfavorecidas, consistentes fundamentalmente en la reserva de plazas educativas para estas clases deprimidas. Posteriormente, en 1926, se fijaron las primeras reservas de plazas para el acceso al servicio público. Estas medidas no desaparecieron, al contrario, se han ido incrementando hasta la actualidad.

Hay que destacar el especial interés que reviste la inclusión de las políticas en la primera y única constitución de la India de 1949, donde no solo se reconocen políticas de reinserción a favor de las minorías castas desfavorecidas, sino también a favor del colectivo femenino¹²².

El gran problema que se presenta a en la India es que cuando se iniciaron estas medidas compensatorias el 41% de la población era considerada *intocable* (nombre con el que se conocen a las minorías desfavorecidas en la India) y en la actualidad el 52% de la población de la India forma parte de lo que se considera como la clase atrasada. Tal y como establece la constitución del país, estas castas, tribus o clases; deber ser designadas por el presidente de la nación, previa consulta de la autoridad regional competente. Para cumplir con este objetivo de designación, se crearon *Comisiones Nacionales*, que han sido renovadas a lo largo de los años y a su vez han conseguido ir ganando importancia¹²³ las de cisiones de estas comisiones, a su vez también ha sido fraguadas mediante criterios jurisprudenciales, a los cuales no vamos a hacer referencia.

Dejando de lado el problema del amplio porcentaje de la población que entra dentro de los grupos desfavorecidos, podemos diferenciar tres clases de políticas de reserva desplegadas de forma ininterrumpida desde su previsión en la Constitución:

- reservas en empleo público
- reservas en educación, y por último
- reservas en representación política.

Como en el sistema norteamericano, las reservas con mayor relevancia social han sido las realizadas en materia de educación, donde desde 1954, se reserva el 15% de las plazas a las castas catalogadas por la *Comisión Nacional* y un 5% a las tribus. Estas reservas se dan tanto en educación secundaria, como en educación superior y hay que destacar que, en el caso de acceso a instituciones privadas, no solamente se hacen estas reservas de plazas, sino que además se ofrecen ayudas estatales para incentivar el estudio. También es importantísimo hacer mención a que, de estos porcentajes

¹²² *Ídem*. Págs. 77 y 78

¹²³ *Ídem*. Pág. 80

reservados a los grupos desfavorecidos, un tercio es destinado a las mujeres que forman parte de los mismos¹²⁴.

El gran problema, de estas reservas de plazas y becas destinadas los grupos más desfavorecidos, es que no suelen utilizarse, por lo tanto, las políticas de ayuda en la India han terminado siendo desiguales, ayudando de forma desproporcionada a una pequeña parte de los *Intocables* mientras que con el resto solo ampliaban de forma paulatina la diferenciación social. Y no solamente eso, también hacía que los miembros de las etnias que se aprovechaban de estas ayudas no fuesen los más preparados, lo cual no ha hecho más que perjudicar el nivel educativo de la India, repercutiendo a nivel profesional¹²⁵.

2.3.3 Resultado y contraposición a los modelos Occidentales

A diferencia de los modelos anteriormente expuestos, destacando especialmente el modelo estadounidense donde el pilar básico de la sociedad es la meritocracia y la garantía de la libertad individual, en la India lo que se pretende es garantizar una igualdad tanto real como formal de todos los sectores sociales, prácticamente a cualquier precio. Para alcanzar este objetivo, lo que se ha iniciado es una serie de políticas agresivas y de gran carácter intervencionista.

La constitución India inicialmente se creó sobre la base occidental de la libertad individual, pero con el tiempo la jurisprudencia ha ido modificando este ideal, hasta conseguir una mayor ponderación de los intereses públicos o generales, sobre las más básicas garantías individuales¹²⁶.

Esto tiene su reflejo más claro en los procesos judiciales, los cuales denotan tres características fundamentales, que nos va a aclarar cuál es la estructura esencial de este sistema compuesto al que se ha llegado¹²⁷:

- En primer lugar, la legitimación activa del individuo como defensor único de sus derechos inmanentes ha dejado de ser necesaria, no es necesario ser titular del derecho discutido o contar con un interés legítimo para iniciar un procedimiento. Basta con tener un interés social, el cual está limitado a casos concretos en las sociedades occidentales más avanzadas. Es decir, cualquier persona puede querellarse contra un hecho que vulnere el ordenamiento jurídico.

- En segundo lugar, la ausencia del principio de contradicción en los procesos judiciales llevados a cabo en la India, especialmente aquellos en los que interviene un sector desfavorecido de la sociedad, no se desarrollan como nuestros procesos civiles o penales, no hay como tal dos partes enfrentadas. Se ha llegado a un esfuerzo de colaboración entre el Estado y el demandante destinado a satisfacer las necesidades de los sectores más vulnerables de la sociedad. Es decir, el estado va a

¹²⁴ *Ídem*. Págs. 80-82.

¹²⁵ SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.

¹²⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “La lucha contra la desigualdad Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*. 2014, Nº. 4, págs. 65-99. ISSN 0719-2959. Pág. 90.

¹²⁷ *Ídem*. Pág. 95.

intervenir para alcanzar un acuerdo entre las partes, a diferencia de la no intervención o en su caso, la intervención en defensa de la legalidad que se daría en un estado europeo.

- En tercer lugar, el juez, deja de ser un mero árbitro, pasa a ser un sujeto activo que impulsa el proceso, para ayudar a que se alcancen los objetivos explicados en el párrafo inmediatamente anterior.

En síntesis, esta evolución legislativa y jurisprudencial tiene el objetivo final de mejorar la vida de los amplios sectores desfavorecidos que forman la sociedad india. Pero esto no deja de ser un dilema, puesto que con estas medidas, a pesar de haber logrado ciertas mejoras efectivas, se ha llegado a una clara vulneración de los principios constitucionales, los cuales son básicos y deben actuar como límite frente a los poderes públicos para garantizar unos mínimos derechos individuales¹²⁸.

¹²⁸ *Ídem*. Págs. 96 y 97.



III ESPAÑA.
Una singularidad europea.

III ESPAÑA.

Una Singularidad Europea.

“El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”.

Exposición de motivos (II). Ley O. 3/2007, Sobre Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

3.1. LOS ANCEDENTES PRECONSTITUCIONALES.

3.1.1 Primeros atisbos.

La idea de una interpretación equitativa y ponderada de las normas jurídicas, atendiendo a la realidad social del tiempo en que se ha de aplicar -que está en la entraña de la institución de la Discriminación positiva-, en absoluto resulta ajena a la tradición jurídica española.

En España respecto a la igualdad de las mujeres, principal idea eje antidiscriminatoria en el continente europeo, la aspiración ya es vieja. Existe un lejano antecedente ilustrado en la obra del beneditino Fray Benito Jerónimo de Feijoo, en su *Discurso sobre la igualdad de las mujeres*, que data, nada menos que de 1726, en el que vino a postular que la igualdad de género y no la diferencia es lo que determina la razón¹²⁹.

De hecho, y en el referido marco de la *tardorestauración*, en 1909 se aprobó una ley que modificaba la Ley de accidentes de Trabajo, de Eduardo Dato, de 1900, que establecía el reconocimiento y una incipiente protección al colectivo débil que eran las mujeres, normas con carácter filantrópico y tuitivo. En virtud de aquella reforma se prohibía, el trabajo a las mujeres; primero en tres semanas, pasando con la legislación de desarrollo hasta seis semanas después del parto con obligación por parte del patrono de reserva del puesto de trabajo¹³⁰. Semejante disposición fue pionera en Europa e

¹²⁹ FEIJOO Y MONTENEGRO, Fr. Benito Jerónimo, *Discurso en defensa de las mujeres* (1726), edic. Icaria, 1997. Barcelona. ISBN 9788474263404.

¹³⁰ CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Sonsoles. “Legislación protectora de la maternidad en España en la época de la Restauración” en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, Universidad Complutense de Madrid, número VI, 1985, págs. 147-162. Pág. 152. ISSN 0211-0849.

imitada por el derecho comparado; de hecho, en Europa, sólo Suiza contaba con una norma similar en aquel momento¹³¹.

3.1.2 La Segunda República.

Ya en el frontispicio de la Constitución republicana de 1931 se declaraba, en su artículo 1, que España se constituía como “*una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia*”¹³², con lo que se impregnaba de una intensa preocupación social, la misma que en el *New Deal* norteamericano de los mismos años 30 del siglo XX inspiró el emerger de la acción afirmativa.

Las mujeres y otros colectivos secularmente discriminados encontraron en esta nueva Constitución una equiparación política, jurídica y civil que se consagraba en varios preceptos: el art.25 establecía que no podrían ser fundamentos de privilegio jurídico condiciones como el sexo o la clase social; el art.36, que reconocía el sufragio femenino para las mujeres mayores de veintitrés años¹³³; el art.40, el cual admitía tanto a hombres y mujeres a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, aunque quedaba cercenado al establecer incompatibilidades o trabajos vetados para las mujeres (recordemos que el debate del mérito y la capacidad pronto emergió en la sociedad norteamericana); el art.43, que aprobaba la posibilidad del matrimonio civil y del divorcio y que posibilitaba nuevas “libertades” y márgenes de autonomía para las mujeres; y el art.53, que disponía la posibilidad de que todos los ciudadanos, sin distinción de sexo ni de estado civil, fueran candidatos para Diputados (cuestión que emergerá tras la transición con el debate sobre las cuotas en la participación de órganos electos representativos, consejos de administración etc.).

La legislación del primer bienio no tuvo parangón histórico respecto a la cantidad y calidad de las normas debido a la presión de los partidos obreros. En el ámbito laboral el mencionado artículo 40 pretendía sentar la igualdad de oportunidades para los sexos¹³⁴.

Lamentablemente la corta vida de la República y el estallido de la guerra civil abortaron las efímeras conquistas del período.

3.1.3 La regresión del franquismo.

Las dictaduras, recelosas de las autolimitaciones del poder, cercenan los derechos de igualdad formal, y más aún, las concesiones a la igualdad material o sustantiva, siendo todavía más inmisericordes con los colectivos o minorías

¹³¹ *Ídem*. Pág. 153.

¹³² Constitución de la República española de 1931.

¹³³ *Ídem*, artículo 36. Derecho de sufragio que se tornó real ya en las elecciones de 1932.

¹³⁴ *Ídem*. art. 40: “*Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen*”.

discriminados. Todas las conquistas de la República se esfumaron. Tal fue el caso de las mujeres. Que hubiera habido diputadas y personalidades políticas como Concepción Arenal, Dolores Ibarruri o Victoria Kent, que ocuparon puestos relevantes, incluso como ponentes constitucionales, chirriaba para la nueva ortodoxia tradicionalista imperante. El papel de la mujer quedaba relegado al ámbito doméstico, sometido a la autoridad patriarcal del padre o marido, como madre y poco más. Las mujeres fueron apartadas del espacio público y relegadas a la esfera doméstica.

No existiendo constitución sino un remedo a través de las *Leyes Fundamentales*, la legislación civil consagró una perpetua incapacitación de la mujer. El Código civil establecía, en su artículo 57, el deber de obediencia de la mujer al marido¹³⁵. Aunque la mayoría de edad se fijaba en los 21 años, las mujeres no podían abandonar la casa paterna hasta los 25, salvo para contraer matrimonio¹³⁶. En este contexto, el marido era el administrador único de los bienes del matrimonio¹³⁷, el representante legal de la mujer y poseía en exclusividad la patria potestad de los hijos¹³⁸ (art. 172). La licencia marital se precisaba para que las mujeres pudiesen comprar y vender bienes, abrir una cuenta corriente, aceptar herencias, celebrar contratos etc. Se negaba a las mujeres la capacidad para prestar consentimiento autónomo equiparándolas, de hecho, a los menores y a los incapacitados.

En cuanto a la legislación laboral, ya en el Fuero del Trabajo de 1938 se hablaba cínicamente de “emancipar” a la mujer privándola del trabajo¹³⁹, incluso en medidas llamadas “mitigadoras”, aprobadas a finales del mismo año 1938, se prohibía el trabajo de las mujeres a partir de un cierto nivel de ingresos del marido¹⁴⁰.

En el orden penal se trasladaba la concepción de la mujer objetualizada como posesión del marido, símbolo del honor y la moral de la familia católica. Así, en el Código Penal de 1944 se legitimaba el uxoricidio por honor y se castigaba el adulterio¹⁴¹. Por contra, hipócritamente para el varón, el tipo penal era el amancebamiento, que exigía una relación de habitualidad y permanencia¹⁴².

Pero donde quedó manifiestamente esculpida la arquitectura moral del régimen, con respecto a las minorías y a los “diferentes” fue en la *Ley de vagos y maleantes*, sorprendentemente creada en época republicana, dictada el 4 de agosto de 1933¹⁴³, durante la II República que precedió la dictadura, pero que fue permanentemente usada por la misma como un instrumento, precisamente, para discriminar. Una suerte de instituto que es, justamente, el contrario del que abordamos

¹³⁵ El régimen mantuvo la redacción decimonónica del art 57 del *Código Civil*: “el marido debe proteger a la mujer y esta obedecer al marido”.

¹³⁶ *Ídem*. art. 321.

¹³⁷ *Ídem*. art. 59.

¹³⁸ *Ídem*. art. 172.

¹³⁹ *Fuero trabajo de 1938*.

¹⁴⁰ *Ídem*. medidas del mismo año 1938 desarrollando Fuero trabajo.

¹⁴¹ *Código Penal de 1944*, art. 449, se penalizaba el adulterio, castigando a la mujer por yacer con un hombre que no fuera su marido.

¹⁴² *Ídem*, art. 452.

¹⁴³ *Ley de vagos y maleantes*, 4 de agosto de 1933, BOE Nº 217 de 5 de agosto de 1933, consultado el 9 de agosto de 2015. Disponible en <http://boe.es/Gaceta>: colección histórica/A00874-00877.

en estas páginas, una especie de “discriminación preventiva”, y de “discriminación negativa” si se nos permite la expresión. Aunque la ley dejaba en manos de los tribunales su aplicación, la cual debía hacerse previa denuncia, *de facto* se convirtió en un terrible azote policial. Esta ley estaba dirigida al tratamiento de vagabundos, nómadas, proxenetas y cualquier otro elemento considerado antisocial. Posteriormente, el 15 de julio de 1954, fue modificada en sus artículos 2 y 6, para reprimir también a los homosexuales. Así rezaba la reforma¹⁴⁴:

“A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes:

a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales, y en todo caso, con absoluta separación de los demás.

b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio.

c) Sumisión a la vigilancia de los delegados”.

Muy tardíamente, en 1970, se decidió su derogación y sustitución por la “*Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social*”, muy parecida a la anterior, pero que incluyó el internamiento hasta cinco años en cárceles o manicomios para los homosexuales y demás individuos considerados peligrosos sociales, a fin de que se “rehabilitaran.

De forma que, durante el franquismo, toda la construcción en materia de derecho antidiscriminatorio en España, forjada en la década de los años 30, que en algunos aspectos situaba al país en la vanguardia europea, se derrumbó.

Únicamente en los últimos años de la dictadura se ve algún atisbo de avance con la reforma del Código Civil de 1974 donde en la redacción del título preliminar, se posibilitaba en su artículo 3 una interpretación de las normas conforme a la realidad social:

“3.1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Y a continuación imponía, para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, el tratamiento de equidad:

“3.2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

¹⁴⁴ Nueva redacción que se daba al art. 6. BOE nº 198 de 17 de julio de 1954, por la que se modifican los artículos 2ª y 6ª de la Ley de Vagos y Maleantes. Consultado el 9 de agosto de 2015. Disponible en http://boe.es/Gaceta/colección_histórica/A04862-04862. La reforma del artículo 2, además de a los homosexuales incluía a terroristas y atacadores.

Sin embargo, cuando se inicia la transición política en 1975, y se aborde entre 1977 y 1978 la redacción de la Carta Magna por las Cortes constituyentes, todo quedaba por hacer.

3.2 LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

3.2.1 Panorama general posconstitucional.

La instauración de un nuevo sistema democrático, cuyo paradigma es la Constitución de 1978, reflejó los intensos cambios, en la cultura y en las mentalidades de los españoles producidos por el crecimiento económico y la apertura política desde la década anterior. Estos cambios no se dieron únicamente en la articulación democrática de los poderes del estado, también afectaron a la creación de todo un nuevo orden jurídico que fue especialmente sensible a las materias de derechos fundamentales e igualdad. Orden que se ha ido construyendo con la interpretación jurisprudencial autorizada por el Tribunal Constitucional de los preceptos constitucionales. Destaca especialmente, el art 14 del Título Primero, Capítulo Segundo de nuestra carta magna, donde se plasma el principio de igualdad de todos los españoles y que, a la vez, establece un límite legal para los poderes públicos frente a cualquier arbitrariedad y a una posible discriminación. Hay que tener en cuenta que la interpretación de este precepto constitucional no es aislada, sino que ha de concordarse con otros preceptos de fundamental transcendencia.

El artículo 14 debe ser interpretado en relación con el art 24.1 de la CE, donde se garantiza una tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales y a su vez, impide que se pueda producir indefensión. Debe ser relacionado también con el art 23, donde se garantiza la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y se garantiza la igualdad de posibilidades de acceso a empleos públicos. Y destacadamente, también hay que ponerlo en concordancia con el art 9.2¹⁴⁵, donde se dice que *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 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”*. La importancia del artículo en el tema que estamos tratando es vital, puesto que en él, se justifica constitucionalmente, que los poderes puedan ejercer la acción afirmativa en defensa de los grupos desfavorecidos de nuestra sociedad.

Es el propio Tribunal Constitucional el que ha reconocido que *“la tutela antidiscriminatoria, no sólo es compatible (con el ordenamiento jurídico español), sino que incluso en ocasiones impone compensar la desigualdad de oportunidades mediante la acción positiva”*¹⁴⁶, para añadir poco después que *“no toda desigualdad de trato*

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y BRAVO-FERRER, Miguel. “Nuevas dimensiones de la igualdad no discriminación y acción positiva” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos. Humanos*. 2001, Nº. 44, págs. 219-242, ISSN 0211-4526. Págs.219-222.

¹⁴⁶ Tal como se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional. T.C. 128/87 de 16 de julio, que luego abordaremos más detalladamente como el caso *INSALUD*.

resulta ser contraria al principio de igualdad”, y terminar concluyendo que “se trata de dar tratamiento distinto a situaciones verdaderamente distintas”.

La construcción jurisprudencial española ha ido avanzando desde, inicialmente, reconocer “acciones positivas”, como diferenciaciones en favor de la igualdad para colectivos desaventajados¹⁴⁷, hasta más contundentes y agresivas “discriminaciones inversas”¹⁴⁸, con origen en la “reverse discrimination” norteamericana, tal como vimos en el correspondiente apartado, reconociendo cuotas o puntuaciones mayores para ese colectivo discriminado, y que ha terminado trasladándose a nuestra legislación a través de la Ley Orgánica de *Igualdad Efectiva* que abordaremos al final de este apartado, lo cual supone una medida favorable a unos en perjuicio de otros, por lo que debe exigirse una gran rigurosidad en su aplicación.

En este sentido, los autores que han reflexionado sobre este tema extrapolan tres requisitos fundamentales exigidos por la jurisprudencia constitucional para que en el Derecho español se admita la discriminación positiva¹⁴⁹:

- **Motivación.** Que exista una situación real que genera una discriminación en perjuicio de un colectivo.
- **Proporcionalidad.** Que se dé una adecuación entre las medidas adoptadas y los objetivos integradores que se pretenden. Y
- **Temporalidad.** Que se trate de una norma o medida transitoria y no permanente, que desaparezca tan pronto como se logre su objetivo.

Cuando se trata además de “discriminación inversa” además ha de añadirse como requisito capital en el derecho español, que esta ha de establecerse mediante ley¹⁵⁰.

¹⁴⁷ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007. Págs. 127-147, ISSN 1698-7950, pág. 132.

¹⁴⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando, *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw Hill, Madrid, 1995, ISBN 84-481-1628-3, págs. 23-31, en que se refiere a la “discriminación inversa” como variedad “más violenta”, y análogamente BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007, págs. 127-147, ISSN 1698-7950. Pág. 133.

¹⁴⁹ En este sentido PÉREZ DEL RÍO, Teresa. “La prohibición de discriminación positiva por razón de sexo. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto “Fontaneda” en *Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 38, 1991, ISSN 0213-0750. Págs. 75-90. y BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *La Acción Positiva. Análisis del concepto y propuesta de revisión*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario “Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres”. Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. 29 págs. ISSN-e 1138-9877. Págs. 120-124

¹⁵⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando, *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw Hill, Madrid, 1995, ISBN 84-481-1628-3, pág. 76, coincidiendo con otros autores en la temporalidad (“transitorias”), objetividad, pero añadiendo, pensamos que con muy buen criterio esta exigencia de legalidad, de ser aprobadas por ley.

Veamos por apartados las señas de identidad del Derecho antidiscriminatorio vigente en España.

3.2.2 La mujer.

En la más pura tradición europea de integración de la mujer, la reciente entrada en vigor de la L.O. 3/2007 de Igualdad efectiva de mujeres y de hombres (LOIE) ha supuesto colocar a España, de nuevo, en la vanguardia de políticas de igualdad efectiva en materia de género¹⁵¹.

La discriminación por razón de sexo, ha sido un término valorativo, elaborado por el Tribunal Constitucional, en su intento por terminar “*con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina*”¹⁵². Así se entiende en la STC 128/1987, sentencia capital que luego analizaremos más pormenorizadamente, donde también se da sentido positivo a esta afirmación, dando inicio a la “*jurisprudencia compensatoria*”, tendente a medidas legales y jurisprudenciales que coloquen a la población femenina en una posición efectivamente igual. Por lo tanto, se deduce de esto, que el tribunal pretende justificar los tratos desiguales cuyos destinatarios sean las mujeres¹⁵³.

Hay que destacar, también otras sentencias históricas del Tribunal Constitucional como la STC 145/1991 de 1 de julio, que garantiza la igualdad de salarios según la naturaleza y condiciones de la prestación efectiva¹⁵⁴; la STC 229/1992 de 14 de diciembre, en la cual se establece, que serán discriminatorias las medidas tendentes a proteger a las mujeres, pero no las que estén destinadas a garantizar la igualdad de oportunidades entre ambos géneros¹⁵⁵.

A pesar de estas sentencias y de la evolución de las políticas comunitaria y española, la mujer sigue siendo una parte secundaria de la fuerza laboral, manteniendo un rol desigual en las responsabilidades familiares y laborales¹⁵⁶.

a) El caso *INSALUD*.

Aunque existían precedentes en pronunciamientos del Tribunal Constitucional, al menos desde el año 1983¹⁵⁷, la sentencia del Tribunal Constitucional

¹⁵¹ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007. Págs. 127-147, ISSN 1698-7950, pág. 128.

¹⁵² STC 128/1987 de 16 de julio de 1987

¹⁵³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y BRAVO-FERRER, Miguel. “Nuevas dimensiones de la igualdad no discriminación y acción positiva” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 2001, Nº. 44. Págs. 219-242, ISSN 0211-4526. Págs.228-229.

¹⁵⁴ *Ídem*. Pág. 230

¹⁵⁵ *Ídem*. Pág. 234

¹⁵⁶ *Ídem*. Pág. 236

¹⁵⁷ Sentencia TC 7/83 de 14 de febrero, por un tema en el que suspendían discriminatoriamente el contrato laboral a una mujer al contraer matrimonio, especialmente fundamento jurídico segundo: “*constituye una*

128/87, de 16 de julio de 1987, o caso *INSALUD* marcó un hito en acciones positivas en favor de la mujer en España. Esta sentencia formuló como asumibles medidas de discriminación inversa, incluso de carácter retributivo¹⁵⁸.

El supuesto fáctico se inicia en nuestro territorio, en Castilla y León, por el recurso de amparo que interpone un trabajador, Orosio F.L., ayudante técnico sanitario del Hospital de la Seguridad Social de Ávila. El trabajador se sentía discriminado frente a sus compañeras mujeres por la administración contratante, el Insalud, al disponer las mismas de un complemento retributivo de 4000 pesetas, entonces, en concepto de gastos de guardería por hijos a su cargo menores de seis años. Complemento retributivo que, en el caso de los hombres solo percibían los viudos. Entendía Orosio F.L. que este hecho suponía una conculcación del art. 14 de la Constitución, privilegiando en su perjuicio a mujeres y viudos, esto es, a todo un género y a determinados varones por su estado civil.

El Tribunal Constitucional falló desestimando el recurso, no haber lugar al amparo constitucional pedido por el trabajador, justificando esa “discriminación inversa” en favor de las mujeres y sentando una doctrina que se ha ido consolidando.

El ponente de la Sala Segunda, magistrado don Luis López Guerra, arguyó que no se trataba “*de medidas opuestas al principio de igualdad sino corregir situaciones de discriminación existentes*”¹⁵⁹, con lo que se remitía a un viejo argumento asumido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como vimos, el de corregir seculares situaciones de discriminación histórica de las mujeres. A este respecto el Tribunal Constitucional señaló que “*aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer ... este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultando de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos*” y, por tanto, “*no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños*”¹⁶⁰.

Con esta argumentación, el TC asume la “tradicón cultural existente” que lleva en la práctica a que la mujer deba preferentemente cumplir con los deberes familiares.

discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa”; en este sentido véase BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007. Págs. 127-147, ISSN 1698-7950. Pág.130 y nota 8.

¹⁵⁸ Se trata de la sentencia del TC. 128/87 que denominamos el caso *INSALUD*, que era la administración demandada en amparo por un trabajador sanitario varón que se entendía retributivamente discriminado frente a las trabajadoras mujeres. Disponibilidad y acceso: <http://vlex/st c2-14-c-3-4-15033721>.

¹⁵⁹ *Ídem*. Fundamento jurídico 6º.

¹⁶⁰ *Ídem*. Fundamento jurídico 10º.

Esta es la secuencia argumental seguida por el máximo intérprete de la Constitución, que comporta una crítica de la realidad social existente que entiende ha de abrogarse; y la contempla como un elemento que debe contemplarse en la sentencia para, finalmente, utilizarla como corrección de las realidades reprobadas. Realidades que se plantean como inconstitucionales.

Posteriormente esta doctrina se ha ido consolidando coincidiendo con la recepción jurisprudencial del concepto de “discriminación indirecta”, sentado por la jurisprudencia europea, en asuntos posteriores relacionados con Recursos de inconstitucionalidad o de amparo relacionados con discriminación retributiva a mujeres, tales como el asunto *Gregorio Marañón*”o el asunto *Puig* de 1994¹⁶¹.

b) El caso *Fontaneda*.

La sentencia del Tribunal Constitucional 175/93, de 27 octubre de 1994, recayó sobre el recurso de amparo, planteado por el Sindicato CC.OO contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que confirmaba a su vez la sentencia del Juzgado de lo Laboral de Palencia en 1992, en el marco de un procedimiento de conflicto colectivo que interponía el sindicato contra la empresa *Galletas Fontaneda S.A*¹⁶².

El sindicato demandante postulaba el derecho de las trabajadoras que operaban en la fábrica de la empresa en Aguilar de Campoo en el departamento de producción, para las categorías de oficiales y ayudantes, a percibir igual retribución que sus compañeros varones, estas trabajadoras eran remuneradas con el mismo salario que sus compañeras de otro sector (envasado) que resultaba inferior al de sus compañeros que realizaban su misma función. Se trataba, en definitiva, de una alegación de “discriminación salarial indirecta” reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁶³. El Tribunal Constitucional estimó, sólo parcialmente el amparo solicitado.

Aunque en la Sentencia hubo dos votos particulares discrepantes, que entendían se deberían haber confirmado las sentencias de instancia, por motivos básicamente procesales, puesto que el cauce adecuado hubiera sido el de demanda individuales y no por la vía colectiva de conflicto.

Sin embargo en la sentencia el T.C. no hizo referencia alguna a los aspectos procesales como elemento resolutivo, señalando que “*si bien no se ha observado conducta omisiva alguna en la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores representados... no han aplicado, sin embargo debidamente el art. 14,1 CE, ni la*

¹⁶¹ PÉREZ DEL RÍO, Teresa. “La prohibición de discriminación positiva por razón de sexo. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto “*Fontaneda*” en *Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 38, 1991, ISSN 0213-0750. Págs. 75-90. Y concretamente en páginas 76 a 80 desarrolla y analiza ambos casos (*Gregorio Marañón* y *Puig*).

¹⁶² *Ídem*. Págs. 80 y ss. contiene la descripción pormenorizada y circunstanciada del caso.

¹⁶³ *Ídem*. Págs. 83.

*doctrina de este Tribunal sobre desigualdad salarial al declarar inexistente la discriminación salarial*¹⁶⁴.

Pero el problema de la sentencia, como acertadamente indicó la profesora laboralista Pérez del Río, no estribaba en el reconocimiento de la discriminación salarial, sino en que no abordó el problema del reparto de “tareas sexistas”¹⁶⁵, y esa sí que era la cuestión nuclear, si había un requerimiento de esfuerzo físico superior en esa tarea o si se imposibilitaba el acceso de las mujeres trabajadoras a esos puestos. La resolución del TC no entró a enjuiciar una política empresarial discriminatoria. Con ello creó un precedente anómalo, no tomando en consideración las normas internacionales y comunitarias, como hasta la fecha había reconocido doctrinalmente. Inaplicando, por ejemplo la Directiva 76/207 relativa a la igualdad en el trabajo entre hombres y mujeres en acceso, retribución y también en “condiciones” del mismo, cuestión que ya tratamos al analizar casos como el *Marshall*, en la parte II de este trabajo. En cuanto a la mayor retribución de los hombres y de estas cuatro mujeres, el TC alegó un carácter “neutro” de la misma, en base a las condiciones de desempeño, que presuponen una destreza mayor por parte de los hombres mejor pagados. En definitiva, el Tribunal Constitucional sólo abordó el incidente retributivo cuando la propia Constitución y la jurisprudencia anterior española y europea le obligaban de oficio a reponer incidentalmente las condiciones discriminatorias en la política general de la empresa en cuanto a puestos de trabajo.

En el curso de esta investigación la sensación que suscita esta sentencia del Constitucional español es de un *dejá vu*, que ya experimentamos al abordar el cambio jurisprudencial norteamericano con la sentencia *Bakke* de la *Corte Suprema*. Esta sentencia supone un hito de ruptura con la línea argumental anterior de casi una década, abriendo vías más restrictivas.

c) La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. L.O. 3/2007.

Hasta esta ley, no existía ninguna normativa española que regulase la discriminación “inversa”. Todas las soluciones en este sentido, que aspirasen a aplicar la igualdad material o sustantiva para un colectivo que supone la mitad de la sociedad habían de venir por vía jurisprudencial. Esta ley orgánica nace, como ambiciosamente expresa su preámbulo, “*con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres*”¹⁶⁶ y sin duda se le dota de la fuerza normativa privilegiada que reviste su carácter de ley orgánica. El impacto jurídico que pretendía el gobierno socialista de Zapatero, que auspició su aprobación, era formidable, ya que modificaba casi una treintena de leyes¹⁶⁷, siendo, insólitamente, más extensas y prolifas las

¹⁶⁴ *Ídem*. Págs. 85.

¹⁶⁵ *Ídem*. Págs. 87. Con lo que la sentencia apreció el fondo del asunto, la discriminación, pero no abordó la cuestión fundamental de un reparto sexista de tareas y funciones.

¹⁶⁶ L.O. 3//2007 de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE 23 de marzo de 2007. Preámbulo
Disponibilidad y acceso: www.boe.es.

¹⁶⁷ *Ídem*. Disposiciones adicionales, en un total de 31, muchas con cláusula derogatoria.

disposiciones adicionales modificatorias de leyes que la propia ley, en materias tan capitales como:

- Ley del Régimen electoral general (D.A. 2ª).
- Ley Orgánica del Poder Judicial (D.A. 3ª)
- Estatuto del Ministerio Fiscal (D.A. 3ª)
- Ley de Enjuiciamiento Civil (D.A.5ª)
- Jurisdicción Contencioso Administrativa (D.A.6º)
- Ley General de Sanidad (D.A.8ª)
- Ley de Calidad del sistema nacional de Salud (D.A 9ª)
- Estatuto de los Trabajadores (D.A.11ª)
- Ley de Prevención de Riesgos Laborales (D.A. 12ª)
- Ley de Procedimiento Laboral (D.A. 13ª)
- T. R. de Infracciones y sanciones de Orden Social (D.A. 14ª)
- Ley General de Empleo (D.A. 17ª)
- Ley Gral. de la Seguridad Social (D.A. 18ª)
- Ley de Reforma de la Función Pública (D.A. 19ª)
- Leyes de Funcionarios civiles del Estado, de Personal de las Fuerzas Armadas, personal de la Guardia Civil y cuerpos penitenciarios (Disposiciones Adicionales 20ª,21ª y 24ª y 30ª)
- Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios (D.A. 25ª)
- y Ley General de Sociedades Anónimas (D.A. 26ª).

Algunas de estas leyes, solo están referidas a la cuota de representación “equilibrada” (art. 6 de la Ley) de cualquier género en órganos y cuerpos (40%-60%) como en el caso de las leyes electorales o la composición de los consejos de Administración de las Sociedades Anónimas, lo cual hace su aplicación relativamente sencilla, pero otras, requieren profunda revisión como el caso de la Legislación Laboral (Estatuto Trabajadores, Ley General de la Seguridad Social etc.).

Del examen de esta ley se evidencia que pretende encontrar una solución integral y transversal. Recordemos el término acuñado en Europa “*mainstreaming*” (incorporar a mujer en todos los niveles laborales) y “*empowerment*” (conferirles capacidad decisoria en todos los campos sociales) como ha hecho notar la profesora Pérez del Río¹⁶⁸ para la remoción de todas las cuestiones que discriminan a la mujer en todos los ámbitos. Contempla la *discriminación inversa* a través de la imposición de un número determinado de cuotas en diversos ámbitos.

La Ley, en su artículo 6, consagra definitivamente a nivel normativo el principio de no discriminación, distinguiendo entre

- “Discriminación directa” y
- “Discriminación indirecta”

¹⁶⁸ PÉREZ DEL RÍO, Mª Teresa, “Aproximación general a la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres: Artículo 14, una perspectiva de género”: *Boletín de información y análisis jurídico*, nº 24, 2007 ISSN 1696-6988, págs. 4-20, pág. 9.

Define la primera como “*la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*”¹⁶⁹.

Discriminación “*indirecta*” es en cambio “*una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*”. Siendo en este último caso, en el que faltaba por formular legalmente muy similar al de la directiva europea 97/80 CE de 1997, como ha hecho notar algún autor¹⁷⁰. También ha servido para incorporar otras directivas, como la 2002/73¹⁷¹, que ya analizamos.

Aún es prematuro para valorar el calado de las reformas que impone la LOIE, pero la transformación sin duda es integral; cierto es que muchas medidas son voluntaristas - tema de cuotas en la representación política-, que aunque se modifique la Ley electoral, dependen de la práctica conformación de candidaturas que hagan los comités electorales de los partidos políticos; pero otras, una gran parte, son de directa exigibilidad y aplicabilidad por las autoridades administrativas y los jueces de instancia.

2.2.3 Otros colectivos: Minorías étnicas, discapacitados.

El derecho antidiscriminatorio en España tiene ya la suficiente madurez, complejidad y variedad de perfiles como para no limitarse a los clásicos temas discriminatorios del derecho europeo, en algunos casos, compartiendo preocupación con otros ordenamientos, como el francés, también propio de una sociedad muy multirracial. Veámoslos.

a) Minorías Étnicas (Los gitanos).

El colectivo gitano siempre ha sido uno de los tradicionalmente más discriminados en los países del sur de Europa, entre los que destaca especialmente España. Esta discriminación tiene su explicación fundamental en razones culturales, pues la etnia gitana cuenta con sus propias tradiciones religiosas, e incluso su propia estructura social. Lo cual, a pesar de ser una etnia de arraigada tradición en nuestro país, les ha impedido alcanzar un cierto nivel de integración adecuado dentro del conjunto de la sociedad española.

¹⁶⁹ LOIE, art. 6,1

¹⁷⁰ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007. Págs. 127-147, ISSN 1698-7950. Pág. 143.

¹⁷¹ Como señala PÉREZ DEL RÍO, M^a Teresa, Aproximación general a la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres: Artículo 14, una perspectiva de género. *Boletín de información y análisis jurídico*, nº 24, 2007 ISSN 1696-6988. Págs. 4-20. Pág. 6.

En los últimos años, el colectivo gitano, representado por diversas asociaciones, está demandando el reconocimiento de sus competencias y la posibilidad de desarrollar nuevas formas de organización laboral, que favorezcan su acceso al mercado¹⁷².

Puede que estas comunidades no cuenten con un alto nivel de competencias instrumentales, vinculadas a los ámbitos académicos, pero sí con un amplio nivel de competencias prácticas y comunicativas, desarrolladas en su contexto cultural. Los gitanos, han desarrollado fuertes habilidades comunicativas y organizativas en el seno de su comunidad, pero estas habilidades deben ser potenciadas mediante respaldo académico para que puedan acceder a puestos del mercado laboral emergente y con ello sean útiles para el conjunto de la sociedad. De lo contrario, esta comunidad, quedaría estancada en sectores marginales y en trabajos de baja cualificación o incluso de cualificación prácticamente nula¹⁷³.

Además, las relaciones entre comunidades gitanas y otras minorías étnicas, favorecerían a la convivencia intercultural de la sociedad en su conjunto y ayudarían a erradicar serios problemas sociales como el chabolismo otras actividades poco recomendadas por su falta de salubridad practicadas por estas etnias minoritarias¹⁷⁴.

Para alcanzar estos objetivos de integración, en España se creó la Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana 2012-2020. Esta estrategia, sigue las orientaciones de la Unión Europea en aras de mejorar la educación, el empleo, las viviendas y la salud, de este colectivo. Tienen el objetivo de recuperar el ritmo de avances sociales de los años previos a la crisis que ha azotado este país.

El plan, se estructura en cuatro secciones ordenadas de la siguiente forma:

- La primera sección, describe la fundamentación y enfoque del plan, situándolo en el marco de la agenda Europea y del gobierno español para la inclusión social en favor de la población gitana en las Comunidades Autónomas.
- La segunda sección, establece los retos y orientaciones y la ejecución de medidas para alcanzarlas. Los principales retos son mantener estas políticas en la agenda política, realizar inversiones estatales que se convertirán en ayudas destinadas para estos sectores y fomentar la participación de la minoría gitana en la vida civil y política de nuestro país.
- La tercera sección establece actuaciones previstas para el periodo actual del plan, el cual se establece para el periodo 2014-2016 y serán revisados anualmente, promovidas directamente desde el nivel administrativo.
- La última sección del plan, describe los mecanismos de coordinación y seguimiento del mismo, impulsados por el Punto Nacional de Control de la Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana 2012-2020.

¹⁷² SERRADELL, Olga; LARENA, Rosa; FISAS, Montserrat. “Hacia la articulación de mecanismos favorecedores de la inclusión de la comunidad gitana mecanismos de acreditación de las competencias y nuevas formas de organización laboral”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*. 2004, Nº 11, págs. 95-112. ISSN 1575-7048. Pág. 9.

¹⁷³ *Ídem*. Págs. 99-102.

¹⁷⁴ *Ídem*. Págs. 103-104.

La actuación de estas asociaciones y el desarrollo de esos planes pretenden la inclusión de la población gitana dentro de la sociedad actual y la superación de los dogmas que se han impuesto sobre la misma. Estas medidas constituyen un instrumento de acción afirmativa que pretende terminar definitivamente con histórica exclusión que ha sufrido el pueblo gitano en nuestro país.

b) Discapacitados. El caso del Gobierno Autónomo de Canarias.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos vino a cumplir con el mandato recogido en el artículo 49 de la Constitución Española, que establece el deber de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas discapacitadas, a las que prestarán la atención especializada que requieran y las ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

Esta ley, supuso un hito esencial en las políticas sociales desarrolladas en nuestro país, no solo en esta materia, sino de forma general. Por otro lado esta ley ha supuesto una progresiva transformación de las calles y servicios públicos, mejorando la accesibilidad para los disminuidos físicos a través de la creación de nuevos planes de ordenación Urbana. También, ha puesto en marcha una serie de ayudas para asegurar un nivel de vida digno a toda persona que cuente con algún tipo de discapacidad recogido en las normativas de desarrollo de la ley.

Dentro del ámbito laboral estas medidas han tenido una especial relevancia. En el ámbito privado, han supuesto la designación de cuantiosas subvenciones a empresarios por la contratación de personal con algún tipo de minusvalía física o psíquica. Dentro del ámbito público desde muy tempranamente se han implantado cuotas de discriminación inversa para minusválidos en las oposiciones de acceso a la función pública. Incluso mucho antes que se desarrollaran materias antidiscriminatorias clásicas por vía jurisprudencial o legislativa.

Hay que destacar la STC 269/1994, 3 de octubre de 1994, para la igualdad en el acceso al empleo público. En este asunto tanto Doña Isabel Patricia Silva Verástegui como Don José Suarez Núñez, participaron en las pruebas de concurso-oposición para optar a un puesto de Administrador General del gobierno canario, estas pruebas pretendían repartir 189 plazas entre los aspirantes. A doña Isabel, con una puntuación de 6,34, se le adjudicó la última plaza, quedando don José entre otros aspirantes por detrás con un 6.07. Ante esto, don José impugnó la propuesta del tribunal calificador, alegando que contaba con una minusvalía física igual o superior al 33 por ciento y que, por lo tanto, le correspondía una de las seis plazas reservadas para minusválidos en el concurso-oposición. Antes estos hechos, doña Isabel interpuso un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el cual fue desestimado y ante eso un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, el cual dijo que se debían reservar al menos un 2 por ciento de las plazas de los concursos a discapacitados, siempre y cuando los mismos hubieran superado las pruebas de acceso, requisitos que se cumplían. Ante estos hechos, doña Isabel planteó un recurso de amparo por la vulneración de los arts. 9, 103, 14 y 23.2 C.E., por otorgar preferencia para ocupar la plaza de Administrador General de la Comunidad Autónoma de Canarias a otro aspirante, privándole a ella de la plaza de la

que ya había tomado posesión, en atención a que, dada la minusvalía sensorial que aquél padecía, debía beneficiarse de la reserva de plazas para personas que tuviesen reconocidas discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales iguales o superiores al 33 por 100. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional admitió la reserva de plazas a favor de discapacitados en los puestos de la función pública. Esta reserva, a pesar de atentar contra la meritocracia, no debe ser considerada inconstitucional y por lo tanto no vulneraría el artículo 23.2 de la constitución, siempre que se cumplan los requisitos mínimos necesarios para acceder al puesto de trabajo y no se impida a los demás aspirantes competir por el mismo. En el caso de las mujeres, el acceso a la función pública mediante reserva de plaza, es ilegítima sin ningún tipo de discusión. Las mujeres tienen las mismas capacidades que los hombres para la realización de estas pruebas y a la hora de realizar la valoración se utiliza un sistema de puntuación desarrollado durante los diferentes exámenes impide ningún tipo de parcialidad. Por ello, a diferencia de las políticas de fomento del empleo femenino en el sector privado, la reserva de plazas funcionariales para mujeres atentaría de forma flagrante contra el principio de igualdad establecido en los artículos 14, 9 y 23 entre otros de la Constitución de 1978¹⁷⁵.

3.2.4. Corolario: La jurisprudencia constitucional española y la deriva actual.

A través de la autorizada interpretación y desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha ido conformando y desarrollando la discriminación positiva en España desde 1981. Así, la jurisdicción constitucional, al socaire del reconocimiento fáctico de discriminaciones formales, ha construido toda una “*legitimidad para las medidas de acción positiva*”¹⁷⁶. Reconociendo que esa discriminación “*vulnera la dignidad de la persona*”¹⁷⁷, dentro de lo que la doctrina ha denominado “*categorías sospechosas*”¹⁷⁸ e incorporando, por recepción del derecho comunitario, la noción de “*discriminación indirecta*”¹⁷⁹, al reconocer situaciones o condiciones de hecho, consolidadas históricamente que menoscaban el acceso a la igualdad de un colectivo (mujeres, minorías étnicas etc.). En resumen, ante situaciones de desigualdad consolidadas históricamente sobre ciertos colectivos, caben medidas de discriminación indirecta que permitan compensarlas.

Dentro de su labor interpretativa, se pueden diferenciar dos fases jurisdiccionales. En un primer momento se buscaba una justificación objetiva y razonable a la hora de realizar la diferenciación frente a hombres y mujeres. Posteriormente, cambia la línea jurisprudencial, y tanto la discriminación como la

¹⁷⁵ *Ídem*. Págs. 174-176

¹⁷⁶ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007, págs. 127-147, ISSN 1698-7950, pág. 127.

¹⁷⁷ Sentencia del TC. 128/87. Disponibilidad y acceso: <http://vlex/st-c2-14-c-3-4-15033721>. Fundamento 4º.

¹⁷⁸ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva” en *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, nº 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007. Págs. 127-147, ISSN 1698-7950. Pág. 129.

¹⁷⁹ *Ídem*. Pág. 131.

igualdad comienzan a ser tratadas de forma separada, es decir, mientras que el principio de igualdad vincula únicamente a los poderes públicos, teniendo como destinatarios del mismo a los demás, la prohibición de discriminación no solo tiene como sujetos objetivos a los poderes públicos, sino que es una prohibición general. También prohíbe cualquier tipo de discriminación privada¹⁸⁰.

A pesar de la evolución jurisprudencial, la discriminación positiva, con independencia de si pretende fomentar a las mujeres o a sectores raciales, debe estar sometida los principios de adecuación, proporcionalidad, temporalidad y flexibilidad¹⁸¹. Por lo tanto, como ya se explicó anteriormente, en España a la hora de adoptar estas medidas, el legislador debe tener en cuenta que sean adecuadas a los fines que se pretenden alcanzar; a su vez que sean proporcionales a dichos fines; dicho de otra forma, que el beneficio que causen estas medidas sea superior al perjuicio social de las mismas. Deben ser temporales; si las medidas se adoptarán de forma indefinida, perderían su carácter reestructurador, la sociedad se adaptaría a estas medidas y serían inútiles. En relación con esto hay que decir, por último, que estas medidas deben ser flexibles; si se producen cambios sociales, deben avanzar con dichos cambios, reforzándose, limitándose o desapareciendo si fuera necesario.

Pero la discusión sobre la aplicación de medidas de acción afirmativa en España, se desarrolla más sobre términos políticos que jurídico-constitucionales. Está claro que las medidas destinadas a la ayuda de la mujer en los ámbitos laboral y familiar son admisibles y no vulneran el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Sin embargo su identidad, ámbito de aplicación y, sobre todo, su intensidad suele depender de la ideología dominante en ese momento¹⁸². En el caso español, hay que destacar los avances en política social que ha hecho el Partido Socialista Obrero Español, durante sus mandatos en la presidencia, subrayando su muy sustantiva aportación normativa con la L.O. de Igualdad efectiva.

Con estas políticas hay que plantear la siguiente pregunta: ¿Las políticas de discriminación positiva vulneran el artículo 35 de la Constitución? A esta cuestión se responde en la STC 22/1981, de 2 de julio. El artículo 35, establece el derecho de todos a competir en igualdad de condiciones por un puesto de trabajo. Las políticas de discriminación positiva, en su variante de discriminación inversa, que se están estableciendo, en Europa y también en España, son una importante limitación al principio de igualdad de oportunidades que sostiene este artículo citado. Sin embargo, esta limitación no es siempre ilegítima. Para que sea ilegítima, es necesario que la concesión del puesto de trabajo por el que se está compitiendo, sea otorgado a un

¹⁸⁰ BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *La Acción Positiva. Análisis del concepto y propuesta de revisión*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N^o. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. 29. Págs. ISSN-e 1138-9877. Págs. 120-124.

¹⁸¹ *Ídem*. Pág. 237

¹⁸² *Ídem*. Pág. 145

trabajador que no cuenta con la cualificación laboral necesaria para desempeñar el mismo¹⁸³.

No parece la mejor solución fundamentar, como ya se hizo en Estados Unidos, las medidas de “acción positiva”, o las más contundentes de “discriminación inversa”, en pasados agravios históricos. El problema está, a mi entender, en asumir un determinado estado de las cosas no implica, necesariamente, que la decisión final tenga que ser acorde con esa situación fáctica. La resolución jurídica no puede justificarse únicamente e una compensación moral del pasado. Lo mejor, sin duda, sería que, una vez que reconocidos los hechos, las sentencia se fundamentasen, con rigor jurídico, conforme a la Constitución y a sus valores superiores –en este caso particularmente la igualdad- y no a unas tradiciones que han desarrollado estereotipos que deberían ser desterrados de cualquier estado democrático. Esto es útil, en todo caso, para mostrar que la distinción entre acciones positivas falsamente protectoras de la mujer y acciones positivas constitucionalmente legítimas no es, siempre, nítida.

A pesar de que el centro de la polémica y de las decisiones jurisprudenciales, respecto a la discriminación positiva en España, se basan en la discriminación por razón de sexo, no hay que dejar de lado los principios rectores del art 49 de nuestra constitución, en el cual se establece que “*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*”. Este principio, al igual que las políticas de integración por razón de sexo, no es absoluto, las medidas de integración destinadas a minusválidos, deben ser adecuadas, proporcionales temporales y flexibles¹⁸⁴.

¹⁸³ *Ídem*. Pág. 169

¹⁸⁴ *Ídem*. Pág. 170



V. CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

La discriminación positiva, siendo una misma realidad jurídica, una misma respuesta a situaciones de discriminación y de injusticia material, ha presentado en el mundo occidental dos rostros, uno más joven y otro más vetusto. Dos miradas, dos perspectivas que han condicionado, a su vez, dos modelos. Paradójicamente fue en la joven nación en el ámbito donde se gestó, Estados Unidos, en la que sin embargo más solera tiene el instituto, donde la preocupación, y por ende su articulación jurídica, siempre se centró en corregir la discriminación racial; en cambio, en el viejo continente europeo, donde más tarde emergió, las energías se focalizaron en la integración de género. Dos realidades, que han edificado una construcción jurídica, que es un paradigma del devenir del derecho en la última centuria.

A la luz del trabajo de investigación que he realizado, entiendo, que se pueden extraer siguientes conclusiones:

I. El derecho antidiscriminatorio y en concreto la acción afirmativa, pretende alcanzar la igualdad material de todos los ciudadanos compensando los problemas de inadaptación que puedan surgir en una sociedad en la que existen ciertos colectivos marginales. Resulta evidente que estas medidas deben ser adoptadas de forma necesaria e imperativa, pues, de lo contrario, las desigualdades aumentarían de forma exponencial en todos los estados en los que haya “enfrentamientos sociales”.

II. Se configuró como concepto jurídico indeterminado en época contemporánea, los orígenes datan de la década de los 30 del siglo XX en USA, trasladándose a culturas anglosajonas del tercer mundo y a Europa con el constitucionalismo de entreguerras y sobre todo con la construcción de los estados sociales de derecho y sociedades de bienestar tras la segunda posguerra mundial.

III. Aunque su articulación jurídica se ha realizado a través de textos constitucionales e incluso mediante directivas comunitarias y legislación orgánica (caso de España), toda su construcción y desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial.

IV. En cuanto a la vitalidad de instituto, tras su intenso desarrollo hasta la década de los 60, ha recibido fuertes críticas políticas conservadoras y neoliberales a uno y otro lado de océano, desde finales de la década de los 70 (caso *Bakke* en Estados Unidos 1978) y más tardíamente en la década de los 90 en Europa (Caso *Kalanke* 1995). Resulta curioso, advertir que las primeras críticas (las norteamericanas), se anticiparon en casi dos décadas al revisionismo europeo. El país donde nació, fue el primero en revisar las bondades del instituto, aunque en el momento actual, el modelo europeo es más garantista.

V. Como efectos positivos de la institución hemos reseñado y determinado en su momento una función integradora en las sociedades, otra redistributiva y de

justicia social y finalmente un enriquecimiento multiétnico y cultural que contribuye a la paz social.

VI. He podido determinar efectos negativos o perversos, el primero de orden estrictamente jurídico, ya que la discriminación positiva supone una excepcionalidad que, en cierta medida, distorsiona al principio de igualdad formal. Asimismo, puede menoscabar a los más cualificados, al primar a colectivos desfavorecidos en su conjunto, con acciones de discriminación inversa. Finalmente, desde una crítica estrictamente económica, en términos de eficiencia, puede (como cualquier política de subvenciones) alterar la competencia, generar desincentivos y hacer más ineficientes a las sociedades, en contraste con otras donde se aplican modelos económicos más estrictos o con menos intervención estatal en aspectos sociales.

VII. En la actualidad, parece que todas las sociedades, con sus peculiaridades, están llegando a una síntesis, apostando en USA por medidas de diversidad y estableciendo límites (duración limitada, etc.); en Europa, tasándolo legalmente, especialmente la discriminación inversa que prima a las minorías que han de ser cuidadosamente evaluadas en sus condiciones objetivas.

VIII. En España asistimos a un modelo plenamente europeo, que tuvo sus primeros atisbos, sobre todo durante la Segunda República, coincidiendo con su gestación en el marco del *New Deal* norteamericano, experimentando una regresión durante el franquismo a través de una legislación civil y penal que menoscababa el estatus de la mujer y con la instrumentalización de alguna ley republicana, como la *Ley de Vagos y Maleantes* que se llegó a aplicar, incluso, a los homosexuales. Tras la Constitución del 1978 y a su amparo normativo (art 9, 14, 21...), España, comienza a producir jurisprudencialmente derecho antidiscriminatorio de la mano del Tribunal Constitucional, fundamentalmente a través de la sentencia *INSALUD* de 1987, viviendo también un periodo de ciertas críticas restrictivas, al igual que en Europa en la década de los 90 (sentencia caso *Fontaneda*, 1993).

En la primera década del siglo XXI, España, se ha convertido en importante baluarte del derecho antidiscriminatorio (dentro del ámbito europeo) a través de la *Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, preocupándose normativamente también de otras minorías como el colectivo gitano a través del también reciente *Plan Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana 2012-2020*.

IX. El futuro, no se presenta absolutamente diáfano. El problema que se ha planteado de forma reiterada a lo largo de este trabajo, es, si estas medidas son realmente justas desde una perspectiva jurídica o vulnerarían el principio de igualdad de oportunidades que tanto pretenden proteger. Parece que la gran mayoría de los países se han asumido estas políticas como irremediablemente necesarias, bien de forma muy estricta como en el caso de Estados Unidos, de forma amplia y con pocas restricciones en el caso del continente europeo y, sobre todo, en un país pionero como España, que no solo ha optado por adaptar estas medidas a las mujeres sino que también prima otras minorías y quizá de forma algo desmedida en países con menos tradición judeocristiana y liberal, como es el caso de India.

En una conocida anécdota parlamentaria atribuida a Manuel Azaña, presidente de la II República, un diputado de la bancada conservadora le interpeló preguntándole retóricamente si la “libertad” hacía más felices a los hombres; se dice que el experimentado intelectual y político le respondió que no sabía si les hacía “*más felices*”, pero sí “*más hombres*”. Lo mismo, y aún más, sucede con el objeto de nuestro estudio, la Discriminación Positiva, de la que si se puede predicar que hace “más felices” a los hombres: a todos aquellos que por cualquier motivo han estado secularmente discriminados, dándoles la oportunidad de asumir condiciones de igualdad material, que sin este instituto, debido al lastre de los prejuicios seculares no lo habrían conseguido; y también, sin duda, hace “más felices” a otros hombres, no discriminados, pero que creen en la exigencia ética de unas sociedades más decentes, igualitarias, integradas y multiculturales; y, desde luego, a todos los hace “más humanos” en el más alto y mejor de los sentidos que tiene el término “humano”. Con todos sus problemas, con todo el debate jurídico suscitado, estas soluciones legales han conferido una dimensión más humana al derecho, y sin duda contribuirán, en la forma en que persistan, a condicionar apasionantemente el devenir del mismo en el siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA.

A) FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

- AKHAVAN, Alex. A Preferable Way to Treat Preferential Treatment, *UCLA LAW REVIEW*, California, 2015. Volumen 42. Págs.1016-1054. ISSN-0041-5650.
- ANDERSON, Terry H. *The pursuit of fairness. A history of Affirmative Action*, Oxford. Oxford University Press, 2004. ISBN 9780195182453.
- BARNES, Mario L., CHEMERINSKI, Erwin y OWACHI-WILLING, Angela. Judging Opportunity Jost: Assessing The Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas, *UCLA LAW REVIEW*, California, 2015, volumen 62. Págs. 272-305. ISSN-0041-5650.
- BARRERE UNZUETA, M^a Ángeles. *La Acción Positiva. Análisis del concepto y propuesta de revisión*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N^o. 9. Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Violencia de género: instrumentos jurídicos en la lucha contra la discriminación de las mujeres". Valencia, 26, 27 y 28 de noviembre de 2003. Págs. 29. ISSN-e 1138-9877.
- BOWEN, William & BOK, Derek), *The Shape of the River*, Princenton University Press, 1998. ISBN-9780691050195.
- BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva. *Universitas. Revista de Filosofía, Política y Derecho*, n^o 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Universidad Carlos III, Madrid, 2007. Págs. 127-147, ISSN 1698-7950.
- CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Sonsoles. Legislación protectora de la maternidad en España en la época de la Restauración. *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, Universidad Complutense de Madrid, número VI, 1985. Págs. 147-162. ISSN 0211-0849.
- CHUN Edna, EVANS Alvin. The evolution of affirmative Action: A critical Review. En: *Affirmative Action at a Crossroads: Fisher and Forward*. ASHE Higher Education Report, 2015, volumen 41, Número 4. Págs.1- 126. ISBN 9781119124924.
- DAVIS, Kingsley, & MOORE, Wilbert E. Some principles of stratification. *American Sociological Review*. 1945, volumen 10(2). Págs. 242-249. ISSN: 1939-8271.
- GARGARELLA, Roberto. *Derechos y Grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa, 2013. ISBN 9788474327687.

- FEIJOO Y MONTENEGRO, Fr. Benito Jerónimo, *Discurso en defensa de las mujeres* (1726), edic. Icaria, 1997. Barcelona. ISBN 9788474263404.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. La discriminación positiva en el ámbito comunitario. *Actualidad Laboral*, número 44, 1995. Pág. 762. ISSN-0213-7097.
- HINTON, Eric F. The Limits of Affirmative Action in the European Union: Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt. *Texas Journal Women & Law*, nº 6, Bremen 1997. Págs 215-239. ISSN 1058-5427 727.
- MARTÍN VIDAL, María Ángeles. *Fundamentos y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva*. Primera Edición. Madrid: Civitas ediciones S.L. 2003. ISBN 978447019411.
- MASSEY, Garth. Thinkings about Affirmative Action: Arguments Supporting Preferential Policies. *Review of Policy Research*. 2004 volumen 21 fascículo 6. Págs 783-797. ISSN 1541-1338.
- NIELI, Russel K. *Wounds that will not heal*. New York. Encounter Books, 2012. ISBN 9781594035821.
- O'CONNOR, Colm. Positive Action. *Legal Journal ERA Forum*, abril 2014. Ed. Academic of European Law..ISSN- 1863-9038 (versión electrónica). Págs. 1-25.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa. La prohibición de discriminación positiva por razón de sexo. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto "Fontaneda". *Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 38, 1991, ISSN 0213-0750. Págs. 75-90.
- PÉREZ DEL RÍO, M^a Teresa, Aproximación general a la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres: Artículo 14, una perspectiva de género. *Boletín de información y análisis jurídico*, nº 24, 2007 ISSN 1696-6988. Págs. 4-20.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Harvard University Press. 1971. ISBN 9780674000780.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mac Graw Hill, Madrid, 1995, ISBN 84-481-1628-3.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y BRAVO-FERRER, Miguel. Nuevas dimensiones de la igualdad no discriminación y acción positiva. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 2001, Nº. 44. Págs. 219-242, ISSN 0211-4526.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. "La lucha contra la desigualdad Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India". *Revista Derecho Público Iberoamericano*. 2014, Nº. 4. Págs. 65-99. ISSN 0719-2959.
- SERRADELL, Olga; LARENA, Rosa; FISAS, Montserrat. Hacia la articulación de mecanismos favorecedores de la inclusión de la comunidad gitana mecanismos de acreditación de las competencias y nuevas formas de organización laboral. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*. 2004, Nº 11. Págs. 95-112. ISSN 1575-7048.
- SIDEL, Ruth. *On her own*. Viking Penguin, New York. 1990. ISBN 9780670831548.

- SKRENTNY, John David. *The Ironies of Affirmative Action*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. ISBN 9780226761787.
- SOWELL Thomas. *La discriminación positiva en el mundo*. Madrid, Gota a Gota Ediciones, 2006. ISBN 9788493465889.
- URTEGA OLANO, Eguzki. Las políticas de discriminación positiva. *Revista de estudios políticos*, 2009, N° 146, págs. 181-213. ISSN 0048-7694.

B) FUENTES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES.

- **Constitución Española. 1978.**
- **Código Civil de 1889.**
- **Constitución de la República española. 1931.**
- **L.O. 3//2007 de Igualdad efectiva de mujeres y hombres**, BOE 23 de marzo de 2007. Disponibilidad y acceso: www.boe.es.
- **Ley de vagos y maleantes**, 4 de agosto de 1933, BOE N° 217 de 5 de agosto de 1933. Consultado el 4 de agosto de 2015. Disponibilidad y acceso: www.boe.es/ Gaceta: colección histórica/ A00874-00877.
- **Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana en España 2012-2020.- Plan Operativo 2014-2016**. Consultado el 13 de agosto de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/poblacionGitana/estrategiaNacional.htm>
- Sentencia Tribunal Constitucional 128/87. **Caso INSALUD** de 16 de julio de 1987. Consultado el 9 de julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://vlex/st-c2-14-c-3-4-15033721>.
- Sentencia Tribunal Constitucional 286/94. **Caso Fontaneda** de 28 de noviembre de 1994. Consultado el 10 de julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1994/286>
- Sentencia Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre de 1994. **Caso Gobierno Autónomo de Canarias**. de 3 de octubre de 1994. Consultado el día 10 de Julio. Disponibilidad y acceso: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/ES/Resolucion/Show/2786>
- U.S. Supreme Court. **University of California Regents vs. Bakke**, 438. U.S. 265 (1978). Consultado el 19 de julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://laws.findlaw.com/us/438/265.htm>.
- U.S. Supreme Court. **Grutter vs. Bollinger**, 539 U.S. 306 (2003). Consultado el 22 de Julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1016045.html>.
- US. Supreme Court. **United States v. Paradise**, 480 U.S. 149 (1987). Consultado el 22 de julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/149/case.html.7>

- Sentencia Tribunal de Justicia U.E. **Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen de** 17 de octubre de 1995. Consultado el día 25 de Julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1440076591197&uri=CELEX:61993CJ0450>
- Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas- **Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen** de 15 de mayo de 1997. Consultado el 26 de Julio de 2015. Disponibilidad y acceso: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?qid=1440077026952&uri=CELEX:61995CC0409>.