

PROBLEMAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: SUBORDINACIÓN VERSUS DISCRIMINACIÓN Y ACCIÓN POSITIVA VERSUS IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

M. Barrère Unzueta

Universidad del País Vasco

Sumario: I. Introducción.- II. Subordinación *versus* discriminación: 1. Sobre el concepto jurídico de discriminación. 2. El contenido del derecho antidiscriminatorio. 3. La discriminación como epifenómeno de la subordinación.- III. Acción positiva *versus* igualdad de oportunidades: 1. Sobre el origen del concepto de acción positiva. 2. El concepto dominante de acción positiva. 3. La “discriminación inversa” o “discriminación positiva”. 4. La igualdad de oportunidades como parámetro de legitimidad. 5. Redefiniendo la acción positiva.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Prescindiendo de antecedentes decimonónicos, lo que hoy se conoce como Derecho antidiscriminatorio tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial¹. Se puede hablar del mismo como de la respuesta, en términos jurídicos, a las revueltas protagonizadas fundamentalmente por la minoría negra de este país; revueltas que fueron contextualizadas y, en cierta medida, canalizadas en la conocida lucha desarrollada

¹ Sobre algunas de las cuestiones relativas al Derecho antidiscriminatorio que se abordarán aquí tuve ocasión de detenerme en *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas/IVAP, Madrid, 1997. También apunté algunas ideas que tendrán aquí reflejo en una Comunicación presentada en las *Jornadas sobre las formas sociales del Derecho contemporáneo* (Universidad Autónoma de Barcelona, 22 y 23 de noviembre de 1996) titulada “Formas sociales y jurídicas de discriminación: discriminación indirecta y subordinación social”, así como en otra Comunicación, ésta presentada en las XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política, bajo el título “Derecho antidiscriminatorio y feminismo: Entre el puzzle y la aporía”, y que me ha servido de base, en buena parte, para la redacción de este artículo. Una completa referencia del contenido de estas novedosas e interesantes Jornadas puede encontrarse en GALÁN ISLA, P., *Crónica de las XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política sobre el “Feminismo en la Filosofía Jurídica y Política contemporánea (Granada, 5 y 6 de abril de 2001)”*, publicada *infra*, en este mismo número de esta REVISTA. Una panorámica general sobre el Derecho antidiscriminatorio se encuentra en el volumen colectivo, dirigido por Christopher McCrudden, *Anti-Discrimination Law*, Dartmouth, Aldershot, 1991. Como publicación periódica de esta especialidad jurídica se puede consultar la revista, editada en Gran Bretaña, *International Journal of Discrimination and the Law*.

por los derechos civiles². Un aspecto determinante del Derecho antidiscriminatorio que ha de destacarse desde el principio es, pues, su carácter *grupal*. Es decir, que a través del mismo no se trata de hacer justicia a situaciones de individuos que pertenecen a un mismo grupo sino que, precisamente, lo que el Derecho antidiscriminatorio intenta paliar es la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo (generalmente designado por el color de la piel, su origen étnico, el sexo, etc.) frente a quienes pertenecen a otro. Pero esta característica —que, como se acaba de señalar, constituye el rasgo fundamental y sin el cual carece de sentido hablar de un Derecho antidiscriminatorio— hace tambalearse las estructuras jurídicas edificadas sobre una concepción de la igualdad de corte liberal y basada en el individuo. A resultas de este embate y, sobre todo, por no afrontar el desafío que supone la inserción de la problemática de la desigualdad intergrupal en un modelo jurídico individualista, la virtualidad emancipadora que el Derecho antidiscriminatorio posee en su origen pierde efectividad, a la vez que se alimentan una serie de debates espúreos que terminan por consolidar las estructuras sociales y de poder establecidas.

Potenciar las posibilidades del Derecho antidiscriminatorio exige, pues, efectuar una crítica en profundidad de sus presupuestos, así como abrir unos cauces de revisión de los mismos. Con esta finalidad, en las páginas que siguen se abordará el análisis de dos conceptos clave del Derecho antidiscriminatorio, como son el concepto mismo de *discriminación*, por un lado, y el concepto de *acción positiva*, por otro.

II. SUBORDINACIÓN *VERSUS* DISCRIMINACIÓN

1. Sobre el concepto jurídico de discriminación

El exponente más claro del desajuste que produce la respuesta jurídica del Derecho liberal a la situación de injusticia sufrida por determinados grupos sociales lo

² La primera Ley de Derechos Civiles en los Estados Unidos data de 1964. Se trata de una ley destinada, primordialmente, a generalizar el derecho al voto y a combatir la discriminación centrada en la segregación racial, teniendo entrada el sexo únicamente en el ámbito del empleo. Con posterioridad a este texto, sin embargo, la cobertura antidiscriminatoria se ciñe más a este último ámbito y, así, en 1972 se publicará la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, cuyo texto vendrá a sustituir el anterior Título VII de la Ley de Derechos Civiles y se centrará específicamente en las minorías y las mujeres.

tenemos en la teorización doctrinal o dogmática de la discriminación. Así, es usual distinguir en la doctrina jurídica “un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción del principio general de igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, etc.)”³.

A tenor de este planteamiento, el “significado estricto” en combinación con el “sentido amplio” conformaría la estructura del ilícito jurídico contra la igualdad. No habría, por tanto, dos ilícitos, sino uno (y, por tanto, sin jerarquías posibles). Ahora bien, avanzamos ya que la opinión aquí mantenida es que esto no es así y que en realidad se produce una jerarquización encubierta⁴.

Pero dejemos por el momento la operación jerarquizadora (que, como suele ocurrir en el discurso jurídico, no se produce de manera abierta sino que hay que extraerla del análisis doctrinal) y centrémonos en la cuestión previa de si se trata de un solo concepto con *distinta extensión* (que es, en definitiva, lo que parece sostener la doctrina al hablar de sentido *amplio* y significado *estricto*) o son dos *conceptos distintos*.

Para justificar que se trata de dos significados distintos propongo el siguiente ejemplo relativo a la relación intergrupal de sexo-género. Imaginemos, en primer lugar, que dos estudiantes de Derecho, ambos varones, terminan sus estudios y deciden

³ Este botón de muestra de la doctrina española está recogido de Fernando REY MARTINEZ “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47, 1996, p. 319, en nota.

⁴ Efectivamente, aunque la distinción parece neutral, no lo es; o, más exactamente, en la utilización que se efectúa de la misma se opera una jerarquización implícita del primero de los significados sobre el segundo. En esta línea, el denominado “sentido amplio” será, además, el primario, el más importante, el que constituya la norma, mientras el significado “estricto” será el secundario o, más exactamente, la excepción. Si a esto unimos que, cuando se habla del primero de los significados atribuidos a la palabra discriminación —esto es, cuando se habla de la infracción del “principio general de igualdad”—, se está haciendo referencia a la concepción liberal de la igualdad —esto es, a la concepción individualista (además de indiferenciadora, formal o abstracta)—, mientras que, cuando se habla de discriminación en el segundo de los sentidos, la igualdad que se viola es la igualdad grupal, esto es, la que pone en relación a grupos específicamente determinados, las consecuencias están claras: ante un aparente tratamiento neutral de la discriminación como ruptura de la igualdad lo que se hace es jerarquizar dos conceptos diversos de la discriminación: uno de carácter individual (igualdad o discriminación de individuos que pertenecen a un mismo grupo) y otro de carácter grupal (igualdad o discriminación de individuos que pertenecen a grupos diversos).

buscar empleo en la empresa privada. Supongamos que ambos presentan los mismos méritos y capacidad (hipótesis que nos permite tomar un ejemplo “de laboratorio”) y que la empresa decide coger, utilizando un criterio peregrino o caprichoso (por ejemplo, rechazando a quien lleva pelo largo o exhibe un pendiente en la oreja), a uno de ellos. Quien no ha sido contratado puede considerarse injustamente tratado respecto del otro, pero esta diferencia injusta de trato será, en principio, *individual* o, lo que es lo mismo, no tendrá base grupal ya que ambos son *varones* y pertenecen, por tanto, al mismo grupo. Imaginemos ahora que quienes buscan trabajo en esas mismas condiciones de igualdad de mérito y capacidad son dos personas de sexo diverso. Supongamos que la empresa opta por el hombre y no por la mujer. Pues bien, en este caso, la discriminación será, en principio, *grupal*. Dicho con otras palabras, si a la mujer no se le contrata *por lo que significa e implica social y laboralmente pertenecer al “grupo mujeres”*⁵ estaríamos ante una discriminación grupal⁶. Es cierto que se *percibe* o se *manifiesta* individualmente, pero la base de la misma sería presumiblemente grupal.

Por otro lado, este ejemplo sirve también para ilustrar otra de las características con las que se presenta el concepto jurídico de discriminación. En efecto, en el tratamiento jurídico del tema, discriminar supone romper con la “igualdad de trato”⁷. Más exactamente, si se observa la doctrina del Tribunal Supremo estadounidense —que ha servido de modelo al resto de los países (Derecho

⁵ Sea por prejuicios relativos a su presunta especial naturaleza (como deja constancia la historiografía jurídica, las mujeres han sido consideradas *fragilitas, imbecilitas e infirmitas sexus*), sea por el rol social que se les atribuye (orden doméstico, maternidad y cuidado de ascendientes y descendientes).

⁶ Que no quepa hablar de un mismo fenómeno de desigualdad, sino de dos fenómenos de desigualdad distintos, no sólo no resulta baladí, sino que lleva aparejadas consecuencias de distinto tenor. Entre ellas la relativa al abuso que supone, en este caso, el uso de una *misma* palabra (discriminación) para designar fenómenos *distintos*.

⁷ Como es sabido, la igualdad de trato como idea de justicia se remonta a ARISTÓTELES, quien, efectivamente, en su *Política* (lib. II, 1280a) habla de la justicia en términos de igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Sin embargo, junto a otros aspectos críticos que irán aflorando posteriormente, el problema de esta idea de la justicia es que se trata sólo de una regla formal sin concreción alguna; con lo que, ciertamente, como demuestra Peter WESTEN, la igualdad de trato participa de la fuerza retórica y persuasiva que en nuestra cultura acompaña al lenguaje de la igualdad pero, al final, el significado de la igualdad de trato depende de la concepción de la justicia que tenga cada cual (vid. su *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990, esp. Cap. 5, primera parte).

comunitario incluido)—, el punto de partida para conceptualizar la discriminación radica en concebir la igualdad como un “trato estrictamente igualitario”, de tal manera que, ante un trato formalmente igual, existe una presunción de constitucionalidad⁸, mientras que, ante un trato formalmente desigual (y, en particular, cuando la desigualdad proviene de la raza, sexo, etc.), la presunción será de inconstitucionalidad⁹.

Como se apreciará con mayor detalle en el siguiente apartado, esta concepción de la discriminación vinculada a la ruptura de la igualdad de trato formal conllevará enormes dificultades de ajuste de lo que es considerado, precisamente, como el meollo del Derecho antidiscriminatorio, la “acción positiva”, pero, incluso aunque no se hable de la igualdad de trato formal, la mera vinculación de la discriminación con (la ruptura de) la igualdad de trato, presenta una serie de consecuencias teóricas importantes. Para ponerlas de relieve conviene entrar en el significado mismo de la expresión *Derecho antidiscriminatorio*.

2. El contenido del Derecho antidiscriminatorio

A la hora de identificar el uso que se le suele dar a la expresión Derecho antidiscriminatorio, y sin que se pueda hablar de una división tajante, es posible diferenciar dos tipos de actuaciones normativas. Por un lado, estarían las

⁸ Vid. David GIMÉNEZ GLUCK *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 33. Ahora bien, como también señala este autor, teniendo en cuenta que es imposible no hacer diferenciaciones, no todo trato diferente puede considerarse inconstitucional. De ahí que para distinguir la diferencia de trato admisible de la inadmisible, el Tribunal Supremo elabore una serie de parámetros, pero que resultan tan genéricos, que su análisis le lleva a este autor a afirmar, acertadamente, que “en materia de constitucionalidad de la diferencia en el trato, las decisiones son principalmente políticas, aunque se revistan de un entramado jurídico justificativo de la opción política que se adopta” (*ibidem*, p. 34).

⁹ Aunque resulte algo conocido conviene hacer notar que, en nuestra cultura jurídico-política, las constituciones y, más concretamente, lo que se declara constitucional, va cubierto de un velo de legitimidad (jurídica) que muchas veces se identifica con la justicia. Esta forma de legalismo ético (de identificación de la ley con la justicia, en definitiva), llamado constitucionalismo ético, resultará, como veremos, particularmente perversa a la hora de propagarse el significado predominantemente connotativo (peyorativo) de la expresión “discriminación positiva” o “discriminación inversa”. Así, que lo que se designe en cada caso por esta expresión sea considerado por el Tribunal Supremo estadounidense “inconstitucional”, contribuirá a su descalificación (no sólo jurídica, sino también socialmente) en términos de justicia.

encaminadas a identificar o detectar la discriminación y, por otro, las dirigidas a eliminarla¹⁰. A título orientativo, las primeras serían labor fundamental del poder judicial (más concretamente del Tribunal Supremo, a través de la elaboración de mecanismos de constitucionalidad de las leyes y de los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact*), mientras que las segundas, integradoras propiamente del concepto de acción afirmativa, serían obra de los poderes normativos en sentido estricto (originaria y fundamentalmente de la Administración).

En efecto, es el Tribunal Supremo estadounidense quien efectúa una diferenciación entre las figuras del *disparate treatment* y del *disparate impact*, conocidas en Europa como discriminación directa y discriminación indirecta, respectivamente. Sin entrar en disquisiciones críticas sobre el carácter complejo y problemático de esta distinción en el ámbito jurídico¹¹ —y con una pretensión clarificadora, pero exclusivamente aproximativa—, digamos que se entiende por discriminación directa la disposición que rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo (así, por ejemplo, la disposición que prohibiese la entrada a un espectáculo a personas que pesasen más de 100 kgrs), mientras que se habla de discriminación indirecta en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición —que, lingüísticamente, se presenta como indiferenciadora o “neutra”— sino a resultas de los efectos o consecuencias de la misma (así, y siguiendo con el ejemplo anterior, en el caso de que la disposición señalase únicamente que quien entre en un determinado espectáculo ha de permanecer sentado, y el tamaño de los asientos no permitiese que quepan en ellos personas que superen los 100 kgrs). En ambos casos, sin embargo, el juicio de discriminación requiere un *tertium comparationis*, es decir, necesita de un referente comparativo que, de este modo, se erige como modelo¹².

¹⁰ Como se pone de manifiesto a lo largo de este epígrafe, aquí se sostiene que ambos tipos de actuaciones normativas no tienen que ver con el mismo fenómeno de desigualdad o, si se quiere, de discriminación.

¹¹ Sobre estas críticas a una distinción sólo aparentemente clara y cuyo panorama se complica aún más dada la vinculación de la discriminación directa con la intencionalidad *vid.* mi monografía ya citada *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...*, especialmente p. 58 y ss.

¹² Esta cuestión, sobre la que no podemos a detenernos ahora, ha llevado a que, por ejemplo, los tribunales hayan considerado que el trato dispensado a mujeres en el mercado de

La introducción de la discriminación indirecta ha sido, y con razón, especialmente celebrada¹³. Por un lado, supone abordar el tema de la desigualdad no sólo desde un punto de vista formal (cubierto por la figura de la discriminación directa), sino también real (basada en datos estadísticos) y, por otro, facilita un mecanismo

trabajo por su condición de embarazadas no fuera considerado como discriminatorio (la idea es que como los hombres no se pueden embarazar no cabe comparación ni, por tanto discriminación) y, al mismo tiempo, ha generado toda una problemática englobada bajo la crítica al “asimilacionismo” (absorción y convalidación implícita del modelo con el que se compara), a la que ha sido especialmente sensible el llamado feminismo de la diferencia. Sobre estas y otras cuestiones relativas al análisis feminista del Derecho me remito a la excelente panorámica que ha realizado Encarna BODELÓN en su tesis doctoral *Igualdad y diferencia en los análisis feministas del Derecho* (defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona en diciembre de 1999 y pendiente de publicación).

¹³ El origen se sitúa en la resolución por el Tribunal Supremo estadounidense del caso *Griggs v. Duke Power Company* (401 U.S. 424) en 1971. Muy sucintamente, este caso puede resumirse como sigue. Con anterioridad a la Ley de Derechos Civiles de 1964 (en la que, como se ha indicado ya, se prohíbe la segregación racial por discriminatoria), la empresa *Duke Power Company* había empleado trabajadores negros únicamente en un departamento en el que, además, los salarios eran considerablemente más bajos que en los otros cuatro departamentos que la conformaban. En 1965, cuando esta política empresarial se convierte en ilegal por discriminatoria, la empresa introduce un ulterior requisito a quien quisiera ser contratado en alguno de los cuatro departamentos de los ahora sólo restantes (concretamente un título de estudios de escuela superior y pasar dos tests). Siguiendo el tenor del dictado empresarial, a todo el mundo se le trata de la misma manera (no se hacen distinciones por el color de la piel), sin embargo, como consecuencia de haber recibido una educación inferior, la aplicación de las nuevas disposiciones empresariales deja fuera a los trabajadores negros.

En el Derecho comunitario la primera referencia tiene lugar en la Sentencia de 8 de abril de 1976 (as. C-43/75, *Defrenne II*), pero se introduce de manera peregrina y confusa efectuando la distinción entre las discriminaciones “directas y manifiestas” y las discriminaciones “indirectas y ocultas”: las primeras “susceptibles de ser constatadas con la sola ayuda de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución contenido en el artículo 119” y las segundas “que sólo pueden ser identificadas por medio de disposiciones de aplicación más explícitas, ya sean de carácter comunitario o nacional”. Las últimas referencias incluidas en el Derecho vinculante se producen en las dos Directivas del 2000 que serán mencionadas *infra* en notas 13 y 32.

En lo relativo al Derecho español la figura de la discriminación indirecta se introduce en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio, con ocasión de un recurso de amparo en relación a una discriminación salarial por razón de sexo. La introducción se efectúa de manera binómica con la llamada discriminación directa. En este sentido, mientras por discriminación *directa* el Tribunal Constitucional entiende el “tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa”, se refiere a la discriminación *indirecta* como “los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tiene sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo” (FJ 2).

procesal fundamental como es la inversión de la carga de la prueba¹⁴. Sin embargo, lo que interesa destacar ahora es que, también en ambos casos, hablar de discriminación implica identificar un trato, es decir, una conducta individualizada o concreta a la que se le imputa el injusto (de ahí su prohibición jurídica), operación ésta que deja fuera del concepto jurídico de discriminación toda una larga serie de situaciones de desigualdad¹⁵.

Concretaremos esta cuestión utilizando de nuevo un ejemplo derivado de las relaciones grupales de sexo-género¹⁶. Realidades como que la prostitución, la violencia doméstica o el acoso afecten fundamentalmente a mujeres, que sean las mujeres quienes se dediquen mayoritariamente a las tareas del hogar o al cuidado de los hijos o familiares ancianos, que sean ellas quienes desempeñen los trabajos a

¹⁴ De la importancia que ha adquirido este nuevo mecanismo procesal en el ámbito europeo da buena prueba la Directiva 97/80/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Concretamente en su art. 4.1 establece lo siguiente: "Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato".

¹⁵ El paradigma de esta operación se refleja perfectamente en el Derecho Comunitario, donde, por un lado, se vincula la discriminación al "principio de igualdad de trato" (identificándose este principio como la "ausencia de toda discriminación") y, por otro, se reduce la discriminación a la directa e indirecta (pues igualdad de trato supone ausencia de discriminación "bien sea directa o indirectamente" o "tanto directa como indirecta"). *Vid.*, así, el art. 2.1 de la Directiva del Consejo 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; el art. 2.1 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y el art. 2.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁶ Al igual que en ejemplos anteriores, la elección no es gratuita. Son varias las razones que influyen a la hora de centrar la atención en la situación de desigualdad de las mujeres. En primer lugar, la concurrencia de este factor de desigualdad con el resto (dicho de otro modo, las mujeres concurren por su sexo-género con cualquier otro motivo de desigualdad grupal que pueda afectar a un hombre; se trata de un factor que divide a la humanidad en dos). A ello se ha de añadir que es este tipo de desigualdad grupal el que ha polarizado la atención en el ámbito del Derecho europeo. Es menester precisar, sin embargo, que la discriminación contra las mujeres reviste características específicas. Así, además de que las mujeres no constituyen ninguna minoría (es más, superan la mitad de la población), es frecuente que la discriminación contra las mujeres se oculte o revista de protección (el supuesto carácter benigno de la misma).

tiempo parcial, etc. no caben en el concepto de discriminación previsto por el Derecho (directa o indirecta) porque resultan realidades inimputables¹⁷. Es más, para el Derecho buena parte de esas realidades no pueden entrar bajo el concepto de la discriminación porque son catalogadas como opciones, porque se supone que dependen de la elección, de la autonomía de las personas (mujeres) o, en definitiva, porque se basan en decisiones que pertenecen al ámbito de lo privado. Nos encontramos de este modo con que, ante una realidad de desigualdad grupal (o no estrictamente de discriminación, según el concepto jurídico designado por este término), que implica una clara diferencia y jerarquización del *status* social, el Derecho se nos presenta como inocente y, además, respetuoso con la autonomía de la voluntad. Tampoco debe arbitrar medios de prueba, porque no hay nada que probar, ya que no hay responsables. Ni tan siquiera tiene que reconocer su impotencia porque el problema, para el Derecho, simplemente no existe¹⁸.

De esta manera, el binomio discriminación directa/indirecta eclipsa y relega, para el Derecho, un fenómeno que, con una expresión acuñada fuera del contexto jurídico disciplinar, se suele denominar discriminación estructural, discriminación sistémica, discriminación institucional, discriminación difusa, etc. Un fenómeno que, al igual que la discriminación indirecta, utiliza las constataciones sociológicas pero que, a diferencia de lo que se denomina discriminación indirecta, resulta inimputable a comportamientos o prácticas individualizadas y concretas¹⁹.

¹⁷ Claro que el que un estado de cosas no sea imputable a una conducta no quiere decir que carezca de causa. Esto es importante destacarlo porque el binomio discriminación directa/indirecta se relaciona en la teoría del Derecho antidiscriminatorio con otro binomio, como es el de discriminación deliberada o inconsciente (intencional o inintencional) de tal manera que puede parecer que el que la producción de un determinado estado de cosas no sea intencional o que —como se dice cuando se habla de la discriminación indirecta— esté al margen de la intencionalidad, implica que sea “casual” o aleatoria. Yo misma he incurrido en este error de planteamiento en mi trabajo *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...*, cit., Distíngase, pues, entre: a) conducta imputable, b) intencionalidad y c) causa. Con esto se quiere decir que la discriminación, al margen de la intencionalidad o no, tiene una causa (aunque es verdad que ya sabemos, gracias a Kelsen, que al Derecho y a su teoría no le competen las causas, sino las conductas imputables).

¹⁸ Obsérvese que el carecer de conducta imputable tiene consecuencias jurídicas relevantes, en la medida en que proscribía la vía judicial para ejercer o hacer valer los derechos derivados de la prohibición de discriminación.

¹⁹ En sentido similar, que la desigualdad (sexual) sea institucional significa, para Elizabeth FRAZER y Nicola LACEY, que resulta “inherente a estructuras y prácticas sociales que no son susceptibles de análisis en términos de acumulaciones de actos discriminatorios

3. La discriminación como epifenómeno de la subordinación

A tenor de lo que se acaba de señalar lo que el Derecho considera como discriminación sería solamente un epifenómeno de la subordinación, entendida como desigualdad estructural de carácter grupal. A veces la subordinación se manifiesta como discriminación (como conductas individuales e individualizadamente imputables por romper con la igualdad de trato) y el Derecho se queda en esto. Con ello produce una selección de la realidad, una especie de reducción que hace que permanezca invisible para la conceptualización jurídica una realidad de subordinación grupal producto de las relaciones sociales de poder. Dicho con otras palabras, lo que el Derecho concibe como discriminación es una diferencia de trato, pero no una diferencia de *status*.

Para explicar esta selección o reducción de la realidad propongo el siguiente ejemplo de carácter secuencial:

Supongamos que el porcentaje de mujeres que estudian y terminan anualmente la carrera de Derecho es superior al de varones.

Supongamos que hay un curso de postgrado "Abogado de empresa" en el que el número de estudiantes de ambos sexos se iguala.

Supongamos que a la hora de encontrar trabajo en las empresas el número de varones supera con creces el porcentaje de mujeres.

Pues bien, el Derecho antidiscriminatorio, tal y como se concibe por la doctrina tradicional (más concretamente, el que gira en torno a la prohibición de

individuales" (*The Politics of Community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Harvester Wheatsheaf, Londres, 1993, p. 82).

Por lo demás, aunque se han escogido supuestos de discriminación por sexo-género, los ejemplos son también extensibles a otras características. Piénsese, por acudir al país donde se origina el Derecho antidiscriminatorio, en el caso de la población reclusa afroamericana. Según estudios realizados y recogidos en prensa, "un negro de EE. UU. tiene siete veces más posibilidades de ser encarcelado que un blanco. Aunque la comunidad afroamericana sólo representa el 13% del total de la población de EE UU, constituye el 50% de la encarcelada en prisiones federales y estatales. Un negro tiene un 33% de posibilidades de pasar parte de su vida entre rejas, frente al 4% que ronda a un blanco. En la lucha contra las drogas, los negros son perseguidos de modo claramente discriminatorio. Los blancos, según el departamento de Justicia, constituyen el 75% de los consumidores de estupefacientes en EE. UU.; los negros representan el 75% de los consumidores encarcelados" (*El País*, 16.2.2000).

discriminación por razón de sexo), sólo se fijaría, en hipótesis, en este tercer momento secuencial, es decir, en las actuaciones y prácticas de las empresas en las que, a lo sumo, y tras mecanismos de inversión de la carga de la prueba, sería posible hablar de discriminación indirecta. Quedarían fuera del Derecho antidiscriminatorio el movimiento entre las dos primeras secuencias. No habría conducta (individual) imputable, por lo tanto no sería un caso de discriminación; tampoco cabría hablar de prueba de la discriminación. Este fenómeno sólo resulta explicable desde el concepto de subordinación social o, si se quiere, desde el carácter institucional de la desigualdad grupal (sexual)²⁰.

III. ACCIÓN POSITIVA *VERSUS* IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

1. Sobre el origen del concepto de acción positiva

“Acción positiva” es una expresión con la que se traduce en Europa lo que en Estados Unidos y en otros países anglófonos distintos de Gran Bretaña se conoce como “acción afirmativa” (*affirmative action*). La expresión tiene su origen en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral²¹, pero adquiere el significado específico de *policy* (esto es, de política pública) en el contexto de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otras

²⁰ El ejemplo serviría también para otra posible crítica a las implicaciones del planteamiento (o del punto de vista) liberal individualista: desde esta visión el progresivo descenso del número de estudiantes (y luego, profesionales) mujeres se podría explicar en términos de elecciones individuales autónomas del tipo “a las mujeres no les gusta, no les va, el trabajo en las empresas”; si no estudian ese master o no trabajan en empresas es porque “prefieren” otro tipo de abogacía. Efectivamente, puede que prefieran otro tipo de actividad profesional, pero esa preferencia está o puede estar mediatizada por motivos que no tienen nada que ver con una opción “igualitaria”. Con otra interpretación alimentamos una ficción del mismo tipo de la que se da hoy en día cuando se habla de las “voluntades libres e iguales” que presiden la firma de los contratos de trabajo.

²¹ Se trata de la Ley Wagner, 29 USC, cuya sección 160(c) hace referencia a la ley de convenios colectivos y las relaciones de trabajo en el transporte. En esta ley la expresión acción afirmativa denotaría la obligación que tiene la empresa de adoptar medidas positivas con el fin de remediar los efectos de ciertas prácticas laborales pasadas injustas contra los sindicatos así como para prevenir su aparición en el futuro. *Vid.* en este sentido Carol Lee BACCHI *The Politics of Affirmative Action. 'Women', Equality and Category Politics*, Sage Publications, Londres, 1996, p. 32 (quien toma la información de Fania DAVIS, *Affirmative Action in the United States and its Application to Women in Employment. Equality for Women in Employment: An interdepartamental project*, International Labour Office, Ginebra, Working Paper, 1993).

minorías y movimientos de contestación social en los que, como se ha indicado ya, tiene su origen el llamado Derecho antidiscriminatorio.

Como actuación de la Administración estadounidense la acción afirmativa tiene su inicio, más concretamente, en una serie de medidas de carácter intervencionista posibilitadas por las especiales prerrogativas que en los Estados Unidos tiene quien ocupa la Presidencia. Se suele citar, en primer lugar, la Orden Ejecutiva del 16 de marzo de 1961 del Presidente John F. Kennedy, donde se requiere de las empresas que contraten con el Gobierno Federal la adopción de medidas de integración para cuyo incumplimiento están previstas sanciones que incluyen la finalización de los contratos²². A esta actuación normativa le seguiría la Orden Ejecutiva 11246, de 1965, del Presidente Lyndon B. Johnson²³ que, además de considerar ilegal la discriminación de las minorías (atendiendo a su raza, color, religión u origen nacional), obliga a las empresas que quieran formalizar contratos con la Administración por un montante superior a los 50.000 dólares a llevar adelante planes tendentes a su integración. En 1967 se enmienda esta Orden Ejecutiva para incluir la discriminación sexual y, a partir de este año, y en los comienzos de los setenta (coincidiendo con la presidencia de Richard Nixon), la política de acción positiva, que afecta también a las universidades en la medida en que deseen obtener financiación pública, adquiere, además de un fuerte impulso, una mayor concreción de sus fines. En este sentido es de destacar la introducción del mecanismo de “goals and timetables”, a través del cual la Administración requiere a las empresas la instauración de un sistema de objetivos y plazos con el fin de que el porcentaje de la población trabajadora de las mismas incluida bajo la etiqueta de minoría²⁴ se aproxime al porcentaje de tales minorías en la población donde están ubicadas las empresas²⁵.

²² Así lo recoge, por ejemplo, Roberta Ann JOHNSON, “Affirmative Action Policy in the United States: its impact on women”, *Policy and Politics*, 1990, 18 (2), p. 78 (quien, no obstante, también incluye opiniones documentadas que situarían su inicio en la Orden Ejecutiva 8802 de 25 de junio de 1941 del Presidente Franklin D. Roosevelt). *Vid.* también para lo que sigue, mi trabajo *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...*, cit., p. 44 y ss., y, con posterioridad, la monografía de David GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, cit., p. 92 y ss.

²³ Para David GIMÉNEZ GLUCK (*ibidem*, p. 92) sería esta Orden Ejecutiva la iniciadora de las políticas de acción positiva.

²⁴ Sobre la explicación de que las mujeres sean conceptualizadas como minoría, a pesar de constituir el grupo numéricamente mayoritario en nuestras sociedades, *vid.* Raquel

Al margen de este origen vinculado al poder presidencialista, la base legal de la acción positiva estadounidense se encuentra en el ya citado Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, luego enmendado por la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972²⁶, una base legal que confirma un concepto de la acción positiva sin una definición clara, pero que, unido al tipo de medidas previstas en las Ordenes Ejecutivas mencionadas, presenta una serie de características delimitadoras, entre las que cabe destacar: 1) su vinculación fundamental a la acción de la Administración a través de técnicas de motivación indirecta (o, si se quiere, de sanciones positivas); 2) el papel interventor de esa Administración en relación a las medidas que se han de poner en práctica, obligando, en este sentido, al logro de determinados *resultados*; 3) una percepción de la igualdad como *integración*, sea en el mercado de trabajo o en instituciones; y 4) su nexo con la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, en mayor o menor medida, la discusión en torno a estas características ha hecho que el debate sobre la política de acción positiva en general (esto es, no sólo estadounidense) haya sido, desde su inicio, un campo abonado para batallas jurídicas y sociales. Es más, se diría que sólo hay un punto de acuerdo entre todos los contendientes: denominar acción positiva a las medidas o planes vinculados de un modo u otro al Derecho (particularmente al producido por los poderes ejecutivo y legislativo) destinados a hacer desaparecer la desigualdad entre los grupos. El

OSBORNE “¿Son las mujeres una minoría?”, *Isegoría*, 1996, 14, p. 79 y ss. Sobre los efectos negativos de esta “anómala analogía” en la línea de presuponer que las otras categorías están compuestas de hombres y que conduce a hacer desaparecer del análisis a las mujeres que sufren una opresión múltiple (esto es, no sólo como mujeres), *vid.* Carol Lee BACCHI *The Politics of Affirmative Action...*, cit., p. 28.

²⁵ Este último dato (esto es, la obligación de que la entidad beneficiaria de la financiación pública obtenga determinados resultados en un espacio de tiempo concreto) es relevante porque prueba que lo que posteriormente recibirá el nombre de “discriminación inversa” o “cuotas” forma parte de la caracterización originaria de la acción positiva. Corrobora también esta idea David GIMÉNEZ GLUCK cuando observa: “Según parte de la doctrina estadounidense, la introducción de la discriminación inversa como parte de los planes de *affirmative action* proviene de la presidencia Nixon. Consideran estos autores que la Orden Ejecutiva 11246 no buscaba un sistema de cuotas, sino más bien una política de acciones positivas menos incisiva. Es con la llegada de Nixon al poder, en 1969, cuando el Departamento de Trabajo empieza a utilizar las cuotas como criterio para medir la efectividad de los planes de acción positiva” (*Una manifestación polémica...*, cit., p. 94, nota 87).

²⁶ *Vid. supra* nota 2.

precio del acuerdo es, obviamente, la vaguedad del concepto (desde el tipo de medidas, pasando por el vínculo con el Derecho, hasta la percepción de la desigualdad). Teniendo en cuenta esta vaguedad y que las disputas que se originan a partir de la misma traslucen distintas concepciones de la justicia social, así como ideas distintas de llevarla a cabo, se puede comprender que resulte un empeño inútil, además de falaz, ofrecer un concepto integrador de la acción positiva. Podrán darse, eso sí, estudios expositivos en orden a describir o informar de cuál es el concepto de acción positiva que se utiliza según los momentos, países o contextos, y según determinados autores u operadores jurídicos, extrayendo las conclusiones pertinentes al respecto; pero la reconducción de las acepciones a una especie de concepto integrador que actúe a modo de concepto “verdadero” de la acción positiva estará destinado al fracaso.

Esto no es óbice para reconocer que, en efecto, existe un concepto de acción positiva —por decirlo de alguna manera— dominante o hegemónico. Es más, tal concepto existe, pero esto no quiere decir que sea el concepto verdadero (indiscutible) ni que deba ser tratado como tal.

2. El concepto dominante de acción positiva

Con el fin de dar cuenta de este concepto hegemónico se tomará en consideración, además de lo ya recogido sobre su origen, algunos de los textos más significativos del Derecho antidiscriminatorio internacional y comunitario integrados de un modo u otro, pero con efectos vinculantes, en el ordenamiento jurídico español²⁷.

Según el art. 4.1 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (aprobada en la Sesión Plenaria 107^a de la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 34/180, que entra en vigor en 1981, y que es ratificada por España en 1984): “La adopción por los Estados partes de medidas temporales especiales con el fin de acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre hombre y mujer, no estando considerada como un acto de discriminación tal como se la define en la presente Convención, no debe, en modo alguno, tener como consecuencia el mantenimiento de normas de desigualdad o

²⁷ Como en casos anteriores, se tomarán en consideración los relativos a las mujeres o a la “discriminación por razón de sexo” pero de idéntico o parecido tenor serán, como también se tendrá ocasión de comprobar, los relativos a otros grupos.

segregación; estas medidas deben ser suprimidas a partir del momento en que los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato se alcancen”.

En lo que respecta al Derecho comunitario, la Directiva del Consejo 76/207/CEE establece en su art. 2.1 el principio general según el cual “El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo...”, mientras que en el apartado 4 del mismo artículo se exceptúa lo siguiente: “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres...”.

Con posterioridad a esta Directiva, en el Tratado de Amsterdam se introducen los apartados 3 y 4 en el art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo art. 119), que son del siguiente tenor: “3. El Consejo... adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres... 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”²⁸.

Ateniéndonos, pues, a esta caracterización se puede decir que la acción positiva es contemplada como algo temporal, excepcional, como oferta de ventajas y como algo confusamente vinculado a la igualdad de hecho y/o de oportunidades y/o de trato.

Al margen de que la presentabilidad (que no inteligibilidad) de esta última vinculación sólo pueda ser salvada por el uso retórico del discurso de la igualdad²⁹ y

²⁸ A esta relación de disposiciones comunitarias se puede añadir la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, mencionada poco más arriba en este mismo texto. Entre las novedades de esta Propuesta (que fue presentada por la Comisión al Parlamento el 11 de julio de 2000) está el hecho de que, por primera vez en un texto que se pretende vinculante, se habla expresamente de “medidas de acción positiva” (en la parte referente a la exposición de motivos) y de “medidas positivas” (en la parte dispositiva)

²⁹ ¿Es la igualdad de hecho asimilable conceptualmente a la igualdad de oportunidades? ¿Es (ya no sólo asimilable, sino compatible) la igualdad de hecho con la igualdad de trato? ¿Y la igualdad de trato con la igualdad de oportunidades? ¿Y esta última

de que caracterizándola como “ventajas” se vaya conformando un discurso que atrapa a los individuos integrantes del grupo destinatario y les exige situarse a la defensiva³⁰, la excepcionalidad (o la necesidad de permiso) con la que es introducida la acción positiva en los ordenamientos jurídicos la erige en un concepto “bajo sospecha”. Por lo demás, esto es algo particularmente evidente desde el momento en que la doctrina comienza a hablar de “discriminación inversa” o “discriminación positiva”; momento en el que se empieza a apreciar también, con especial virulencia, la esquizofrenia a la que conduce la admisión de un concepto con connotaciones jurídicas negativas (o, cuanto menos, incómodas) y a través del cual, sin embargo, se quiere hacer valer un ideal de justicia.

3. La “discriminación inversa” o “discriminación positiva”

La expresión “discriminación inversa” (o también conocida, sobre todo en Europa, como “discriminación positiva”) no forma parte del discurso originario sobre la acción positiva. Como se ha visto, la exigencia de resultados en términos numéricos o porcentuales (si se quiere, “cuotas”) resulta inherente, desde el principio, a la política de acción positiva; sin embargo, esta exigencia pronto encuentra adversarios y es entonces, precisamente, cuando la doctrina empieza a hablar de “discriminación” (inversa o positiva). De esta manera, a través del uso de estas expresiones, se enjuician negativamente determinadas prácticas que, en principio, lo que pretenden es, precisamente, eliminar la desigualdad de determinados grupos. Para ello se emplea la palabra “discriminación”. ¿Por qué razón? No se acierta a ver otra que las connotaciones negativas que esta palabra tiene en el contexto jurídico. Claro que “discriminar” tiene también un significado neutro según el cual dicha palabra significaría simplemente, “diferenciar”, pero no es ése el significado que tiene en la cultura jurídica y menos en el ámbito de un Derecho antidiscriminatorio³¹. De ahí que

con la plena igualdad? ¿Cuál es la relación dialéctica entre estas acepciones de la igualdad en relación a la acción positiva?

³⁰ Vid. Carol Lee BACCHI, *The Politics of Affirmative Action...*, cit., pp. 33-34.

³¹ Como precisa Peter WESTEN (*Speaking of Equality...* , cit., p. 132, en nota), en el discurso jurídico del siglo XX, la palabra discriminación ha adquirido connotaciones peyorativas, siendo considerada como sinónimo de parcialidad, prejuicio, favoritismo, fanatismo e intolerancia.

la utilización de la palabra “discriminación” para hacer referencia a una política de resultados resulte, además de un uso impropio en el contexto jurídico, un uso tendencioso del lenguaje³². Insisto, podría hablarse de las cuotas como de medidas simplemente diferenciadoras, pero no es ése el significado atribuido en el uso de la expresión discriminación inversa. Por el contrario, cuando se habla de este modo se hace hincapié en el pretendido carácter *injusto* de esas medidas, primero porque, efectivamente, diferencian (y las diferencias se ven con recelo en un Derecho pretendidamente igualitario) pero, sobre todo, porque, como veremos a continuación, se considera que rompen con el principio de igualdad de oportunidades, basado, a su vez, en los principios de mérito y capacidad³³.

³² Un paso adelante en una línea que corrobora esta postura es la no utilización de las expresiones “discriminación inversa” o “discriminación positiva” (sino, por el contrario, las de “medidas de acción positiva” o “medidas positivas”) en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo mencionada en la nota 28 de este trabajo.

Por lo demás, ha de quedar claro que al criticar el uso de las expresiones “discriminación positiva” y “discriminación inversa” no se descarta, ni mucho menos, recuperar el significado descriptivo que puedan tener para efectuar clasificaciones de las medidas de acción positiva utilizando, por ejemplo, el criterio de la reacción producida ante su aplicación (aceptación o reprobación). Lo que se considera impropio, desde una perspectiva teórica, es *calificar* negativamente a algunas de las medidas resultantes de la clasificación con las expresiones mencionadas, habida cuenta, precisamente, de que en los Estados Unidos se emplea la expresión discriminación inversa para hacer referencia a la acción afirmativa contraria al ordenamiento jurídico. En este sentido resulta extraño que David GIMÉNEZ GLUCK, aun reconociendo esto último expresamente (*Una manifestación polémica...*, cit., p. 79, en nota 73), siga utilizando la expresión discriminación inversa para designar una “especie” del “género” acción positiva, así como para efectuar ulteriores clasificaciones (*ibidem*, p. 80 y ss). Y no sirve la razón de que también en un ensayo “clásico” (en concreto el de Alan H. GOLDMAN *Justice and Reverse Discrimination*, de 1979) se proponga seguir utilizando la expresión discriminación inversa sin “la connotación peyorativa que se le suele dar” (*ibidem*, p. 79, nota 73). En efecto, independientemente de que no parezca procedente —insisto, desde una perspectiva teórica— emplear con fines descriptivos una expresión de marcados tintes peyorativos, lo que ocurre con esa expresión (o, más estrictamente, con la palabra discriminación) no es que “se le suela dar” o no una connotación peyorativa, sino que “la tiene” en el contexto jurídico en el que es usada y, en este sentido, resulta quimérico huir de ella. Por lo demás, en contra de la tendencia (y tendenciosidad) en el uso de esta expresión —basándome en razones conceptuales referidas no sólo a la connotación, sino también a la denotación, de la expresión discriminación inversa— tuve ocasión de pronunciarme ya en *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio...*, cit., p. 85 y ss.

³³ En esto consistiría, precisamente, lo que Margaret Jane RADIN denomina la retórica no-ideal de la acción positiva, basada en la idea de tener que aceptar a individuos *inferiores* por su raza o género (“Affirmative Action Rethoric”, *Social Philosophy and Policy*, 1991, vol. 8, nº 2, p. 136). Junto a esta retórica no-ideal cabría hablar de otra ideal, basada en la idea de actuar afirmativamente para terminar con la discriminación injusta y valorar a todo el mundo apropiadamente (p. 134).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense es elocuente en relación a la dificultad de encontrar una barrera diferenciadora clara entre la acción positiva legítima (o no contraria al ordenamiento jurídico) y la acción positiva ilegítima (o contraria al ordenamiento jurídico) y, así, es posible advertir fluctuaciones en las decisiones que, como bien se ha dicho, terminan dependiendo de la composición ideológica del tribunal (esto es, de si hay mayoría nombrada por el Partido Demócrata o por el Partido Republicano)³⁴. En este sentido, no es aventurado decir que es el triunfo de cierta ideología (en este caso, conservadora) lo que ha hecho que en determinados Estados se hayan propuesto reformas constitucionales tendentes a la prohibición de toda acción positiva (y no sólo de la que fija la obtención de determinados resultados)³⁵.

4. La igualdad de oportunidades como parámetro de legitimidad

En principio, esta música de difuntos que acompaña al análisis de la acción positiva en el panorama estadounidense no es extensible al espacio europeo: ni en el ámbito del Derecho comunitario³⁶, ni en el estatal³⁷. Tampoco la fluctuación

³⁴ Vid. David GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica...*, cit., p. 126 y ss.

³⁵ En España se ha hecho eco de esta situación, por ejemplo, David GIMÉNEZ GLUCK en su libro ya citado *Una manifestación polémica...*, p. 126 y ss. y 176, en nota. Vid. también de Lluís SAMPER "Estratificación étnica y acción positiva. El caso de California", *Revista Internacional de Sociología*, 1999, nº 22, p. 203 y ss. Un interesante análisis del caso de California, en clave de periodismo político, es el de Lydia CHÁVEZ *The Color Bind. California's Battle to End Affirmative Action*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1998.

³⁶ Además del amparo que le otorgan las Directivas y el Tratado de Amsterdam al que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, la acción positiva vuelve a obtener respaldo vinculante en el Derecho Comunitario en dos nuevas Directivas del Consejo: la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, cuyo art. 5 dispone que: "Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto"; y la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo art. 7 señala que "1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1". Y si esto es así, todavía mayor importancia adquiere en el Derecho no vinculante o también llamado *soft law*. De la larga lista de normativa de este tenor son de destacar la Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción

jurisprudencial resulta comparable a la estadounidense³⁸. Sin embargo, existe una barrera común a cualquier legislación y postura doctrinal y jurisprudencial referente a la separación entre la acción positiva legítima y la ilegítima, y esa barrera es la compatibilidad con la igualdad de oportunidades. De esta manera, la acción positiva resultará legítima si es compatible con la igualdad de oportunidades, mientras que resultará ilegítima si no lo es. El problema, entonces, estará en determinar qué se entiende por “igualdad de oportunidades”.

A estos efectos, mientras está claro que la igualdad de oportunidades se ha convertido en un principio sagrado de las sociedades occidentales, a la bandera de las cuales está la estadounidense, los análisis teóricos que sobre él se han hecho han arrojado un importante saldo crítico³⁹. Tampoco el examen sobre el origen de este principio resulta más halagüeño. En efecto, hoy en día la igualdad de oportunidades

de acciones positivas a favor de la mujer, y los Programas de acción comunitarios para la igualdad de oportunidades.

³⁷ En muchos países existen leyes *ad hoc*. En España no existe ninguna ley al respecto, recayendo en buena parte la labor de impulso de la acción positiva en la doctrina constitucionalista y, sobre todo, laboralista más progresista, así como en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

³⁸ Digna de especial relieve por la atención e impacto suscitados es la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas materializada hasta el momento en cuatro resoluciones: la Sentencia de 17 de octubre de 1995 (as. C-450/93, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*), la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (as. C-409/95, *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*), la Sentencia de 28 de marzo de 2000 (as. C-158/97, *Georg Badeck y otros v. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*) y la Sentencia de 6 de julio de 2000 (as. C-407/98, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist*). Un repaso a esta jurisprudencia, junto con interesantes consideraciones al respecto, se encuentra en la Comunicación presentada por Celia PEREIRA PORTO a las recientes XVIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Política mencionadas ya (nota 1) y que bajo el título “A discriminación positiva no Direito comunitario europeo e na jurisprudencia do TXUE”, que será objeto de próxima publicación en el *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 5, 2001.

³⁹ *Vid.*, así, Anne PETERS (*Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, C and International Law*, Kluwer Law International, Londres, 1999) quien, además de hacerse eco de que el ideal de la igualdad de oportunidades en los Estados Unidos ha sido criticado como “contradictorio, insuficiente e incluso falto de sentido”, en lo relativo al concepto de igualdad de oportunidades deja constancia de que “debido a su opacidad, puede ser usado tanto para justificar la acción afirmativa como para rechazarla” (p. 82). Por lo demás, en el uso que se hace en el Derecho comunitario también se presentan problemas parecidos, en el sentido de que, como bien señala esta autora, “puede significar que las personas deberían tener formalmente las mismas posiciones de partida pero también puede significar que la gente debería tener equitativamente las mismas oportunidades en la práctica para lograr un objetivo” (*ibidem*, p. 245).

constituye un principio de justicia social, de corte liberal. En su origen, sin embargo, la igualdad de oportunidades es un principio que rige en los juegos⁴⁰: hay igualdad de oportunidades entre los jugadores cuando tienen iguales condiciones de partida (se les reparten las mismas cartas, las mismas fichas, etc.); también rige en las competiciones deportivas: habrá igualdad de oportunidades si quien corre en la carrera lo hace de los mismos puntos de partida, etc. Será después cuando este principio se traslade a la sociedad, lo que supone una visión de la sociedad regida por la competición entre individuos para la obtención de bienes escasos y la idea es que, saliendo de los mismos puntos de partida, ganará el mejor y que esto es bueno, además de justo, para la sociedad.

Según la idea de la desigualdad de los grupos como subordinación expuesta más arriba (que excede del marco de la competición), no es difícil suponer que el principio de igualdad de oportunidades no resulta la panacea. Pero, con todo, analicemos esa traslación. El principio de igualdad de oportunidades que rige en los juegos se basa en la idea de una competición voluntaria, basada en la capacidad intelectual, habilidad o esfuerzo físico *de individuos* solos o agrupados que hacen suyas (por diversión o entretenimiento) unas reglas. Además, no existe en el juego una relación previa de subordinación entre quienes compiten. Admitamos (aunque no se participe del convencimiento sobre ello) que existe un ámbito en la sociedad, el del mercado laboral, en el que se considera necesario competir —y, alimentando más la ficción, pensemos que “voluntariamente”— por la obtención de un bien escaso (el puesto de trabajo) y se considera, asimismo, bueno o conveniente que esta competición se rija por el principio de igualdad de oportunidades. Esta competición se presenta como una relación entre individuos, de la que, aparentemente, sólo uno de ellos pertenece a un grupo (“discriminado”). En este contexto, la política de acción positiva se basa en las “correcciones” (excepciones) que permite el principio de igualdad de oportunidades y, por tanto, siempre se hace en términos de “ventajas” o tratos “de favor” hacia ciertos individuos, precisamente, por su pertenencia a determinados grupos “discriminados”⁴¹. Se trata de una competición entre individuos

⁴⁰ Vid. Norberto BOBBIO, voz “Eguaglianza”, *Enciclopedia del Novecento*, p. 360.

⁴¹ Así, entre los propios defensores del principio de igualdad de oportunidades se reconoce que, en ocasiones, para que realmente se dé la igualdad en los puntos de partida, a los individuos desaventajados se les da una ventaja (BOBBIO, *ibidem*).

en la que, como un criterio añadido cuenta (en teoría para bien, esto es, en pro de la justicia) la pertenencia de uno de ellos a un grupo.

En este modo de presentar las cosas se oculta, sin embargo, que el otro individuo también pertenece a un grupo y que esa pertenencia también le ha supuesto unas “ventajas” (eso sí, éstas mucho más sutiles). Resumidamente, la manera de presentar la competición “con ventaja” sólo hacia uno de los individuos olvida que ambos individuos pertenecen a grupos y que las ventajas o privilegios que uno tiene *a posteriori* las ha tenido el otro *a priori*. Se puede decir, claro está, que esas ventajas o privilegios no se presentan del mismo modo o no tienen la misma naturaleza en un caso y en el otro; y, efectivamente, así es. Las ventajas otorgadas al individuo que pertenece al grupo subordinado se supone que ponen en tela de juicio el criterio del “mérito” o criterios “objetivos” de cualificación o capacitación (criterios que, se supone, resultan fácil de analizar individualizadamente)⁴². Por el contrario, las ventajas que presenta el individuo que pertenece al grupo hegemónico sólo pueden ser relatadas en términos estructurales (y, por lo tanto, no individualizadamente).

En definitiva, y así las cosas, nada impide reformular el principio de igualdad de oportunidades y presentar como una competición entre grupos lo que tradicionalmente se presenta como una competición entre individuos; sólo que este planteamiento carece de acomodo en el modelo y las estructuras jurídicas existentes, donde lo individual se desvincula de —o, en todo caso, prima sobre— lo estructural⁴³.

5. Redefiniendo la acción positiva

⁴² La idea de que los procesos para determinar la cualificación o capacitación, tal y como se realizan normalmente, son objetivos y que el mérito es algo fácil de medir se encuentra tan extendida, tan interiorizada, tan “normalizada” que su puesta en cuestión puede resultar incluso extravagante. Y, sin embargo, que los procesos para calibrar la aptitud o cualificación de una persona para realizar una determinada tarea sean “objetivos” (en el sentido de que se puedan objetivar o medir) o que estén “normalizados” (que se lleven a cabo generalmente), no quiere decir que sean imparciales (que no entrañen valoraciones).

⁴³ Aunque en una línea argumentativa diversa y en unos términos que no parecen los más idóneos, late la misma idea en la conclusión a la que llega Gisella DE SIMONE (“A proposito di azioni positive: I. Regole di eguaglianza e giustificazione delle azioni positive”, *Ragion pratica*, 1997, nº 8, p. 95): “Siendo plenamente sincera no creo que exista una ‘tercera vía’: o se sacrifica la racionalidad individual y los derechos individuales del ciudadano ‘neutro’, estableciendo una escala de prioridad rígida que permita superar el *gap* de los grupos históricamente discriminados, o bien se declara sin hipocresías que se renuncia al logro de objetivos de igual redistribución de las oportunidades entre los grupos”.

En coherencia con lo que se ha ido manifestando hasta el momento, a nuestro juicio, la acción positiva ha de estar dirigida a combatir la subordinación⁴⁴ estructural⁴⁵ de ciertos grupos⁴⁶, una de cuyas manifestaciones (si bien no la única) sería la discriminación (entendida como actuaciones imputables por “diferencia de trato”). Sin embargo, tanto el tratamiento legal como doctrinal de la acción positiva en el Derecho antidiscriminatorio apuntan en sentido diferente, ya que, por un lado, todo el mundo parece estar de acuerdo en que existen ciertos grupos que sufren (y han sufrido) una situación injusta de desigualdad y que el Estado, a través del Derecho, ha de hacer algo por superar esa situación, pero, por otro lado, lograr un acuerdo sobre cómo se concibe esa desigualdad y qué medidas resultan aptas para corregirla se convierte en una cuestión harto espinosa. Es más, el desinterés jurídico hacia la teoría de la subordinación estructural que fundamente y permita concretar las actuaciones normativas destinadas a eliminarla ha sido suplido, como se ha visto, por un concepto vago de acción positiva, con carácter de excepción al principio de igualdad de trato, vinculado a la retórica del principio de igualdad de oportunidades y deudor de una terminología acuñada por un discurso que exige situarse a la defensiva a los individuos integrantes de los grupos subordinados.

Volviendo a nuestra definición, como todas las relativas a la acción positiva, ésta implica una toma de postura⁴⁷, pero es una toma de postura que no exige apartarse demasiado de las definiciones al uso; basta con que en éstas se evite

⁴⁴ O, si se quiere, la discriminación estructural. Lo importante es que quede claro que cuando se emplea aquí la palabra discriminación se hace referencia a un fenómeno distinto de lo que en la cultura jurídica se considera tal.

⁴⁵ En este sentido, y en contra de lo que se afirma frecuentemente, no tendría como objetivo la lucha contra la “discriminación indirecta”, sino que iría más allá, esto es, abarcaría no sólo actuaciones que, en definitiva, permiten una imputación, sino también situaciones que carecen de conducta imputable.

⁴⁶ En la misma línea de lo que aquí se denomina subordinación estructural grupal estaría el concepto de opresión atribuido por Iris Marion YOUNG a los movimientos de la nueva izquierda estadounidense y desarrollado por esta autora en *Justice and the Politics of Difference* (Princeton University Press, N.J., 1990, cap. 2, p. 39 y ss), donde, además de desvincular este concepto de opresión de la intencionalidad, la autora distingue cinco aspectos de lo que significa hoy en día estar oprimido (a los efectos aquí pretendidos, es irrelevante que se refiera a América): explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia.

⁴⁷ Utilizando otros términos hay quien dirá que la política está implícita en toda definición de la acción positiva, como, por ejemplo, Carol Lee BACCHI, en *The Politics of affirmative action...*, cit., p. X.

cualquier planteamiento de la acción positiva como “trato de favor” o “trato preferente”, etc., y se incluya en el ámbito de actuación de la misma las diferencias de *status* o de poder existentes entre los grupos⁴⁸. Mayor problema representa, sin embargo, la inexistencia de una teoría de esa subordinación institucional que fundamente y desarrolle esa acción positiva. Dicho con más precisión, esa teoría existe, particularmente en el caso de la subordinación social de las mujeres, y es el resultado de más de dos décadas de análisis feministas sobre el Derecho⁴⁹. Lo que no se da, al menos con la intensidad que sería deseable, es la permeabilidad de las estructuras y de la mentalidad jurídicas a las aportaciones de dicha teoría, un paso, si no suficiente, al menos necesario, para que la repercusión tenga un calado en la acción política.

Resultaría excesivamente pretencioso intentar exponer aquí lo que ha aportado la teoría feminista del Derecho al tema que nos ocupa⁵⁰. La misma crítica al concepto jurídico de discriminación como epifenómeno individual de la subordinación grupal planteada en estas páginas constituye una versión de esta aportación⁵¹; una crítica que no es aislada, sino que se encuentra estrechamente vinculada a la puesta en cuestión de las premisas que conforman el modelo de Derecho y de justicia

⁴⁸ Algo que ocurre, por ejemplo, en la siguiente definición de Roberta Ann JOHNSON (“Affirmative Action Policy in the United States...”, cit., p. 77): “Acción afirmativa es un término genérico que hace referencia a programas que llevan adelante algún tipo de iniciativa voluntariamente o bajo la compulsión del derecho, para incrementar, mantener o reajustar el número o status de los miembros de ciertos grupos definidos usualmente por la raza o el género, dentro de un grupo mayor”. O en ésta, más breve, de Carol Lee BACCHI: “La expresión acción afirmativa hace referencia a una clase de programas dirigidos a determinados grupos con el fin de remediar su desigualdad” (*The Politics of Affirmative Action...*, cit., p. 15).

⁴⁹ Análisis feministas del Derecho en sus más variadas disciplinas y contribuciones feministas a la teoría del Derecho se vienen publicando no sólo en numerosas y cada vez más frecuentes monografías, sino también en las revistas jurídicas tradicionales. En concreto en los Estados Unidos, donde se incluye a la “jurisprudencia feminista” entre las corrientes de pensamiento de la filosofía del Derecho, se publican más de una docena de revistas jurídicas feministas (entre ellas la *Yale Journal of Law and Feminism*, editada desde 1988). Muestra de un reconocimiento parecido es la aparición en 1995, en la serie *Schools* de la editorial Dartmouth (Aldershot) de dos volúmenes (compilados por Frances OLSEN) bajo el título *Feminist Legal Theory*, así como la revista británica editada desde 1993 *Feminist Legal Studies* (publicada hasta 1998 por Deborah Charles y desde entonces por Kluwer).

⁵⁰ Ofrece una buena síntesis Nicola LACEY en su libro *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1998, espec. capítulo 1.

⁵¹ Hay que advertir, no obstante, que en la teoría feminista es fácil encontrar el término discriminación para hacer referencia a lo que aquí se conceptualiza como subordinación.

construido y defendido por el liberalismo⁵², y que en algunos aspectos concuerda con la llevada a cabo por otras corrientes igualmente críticas con el modelo liberal⁵³.

Por lo demás, hay otro aspecto de la contribución crítica (también feminista) al Derecho antidiscriminatorio que va a tener un peso específico en la redefinición de la acción positiva que proponemos en este trabajo. Se trata del “asimilacionismo” que ya ha sido someramente mencionado⁵⁴ y que, por ejemplo, en el ámbito de la acción positiva se concretaría en la puesta en cuestión de medidas tipo “cuotas” dirigidas exclusivamente a la *integración* de los grupos subordinados y, en este sentido, a la consolidación del modelo de inserción y asimilación al mismo de las “diferencias”. Ahora bien, sin dudar de la pertinencia de la crítica asimilacionista, pensamos que hay motivos para matizarla.

Para no resultar excesivamente crítica en relación a esta última observación, mencionaré lo siguiente. La acción positiva tradicional supone una incorporación por goteo de las mujeres al mercado de trabajo, especialmente en los niveles superiores de dirección o decisión, pero es que, además, cuando ocasionalmente se produce esta incorporación, lo que se espera de la mujer es que adopte una postura masculina y suprima la femenina, en la medida en que la exhibición de características feminizadas —tanto de carácter positivo (así, la compasión o el cuidado), como de carácter negativo (así, la manifestación de emociones o la indecisión)— implica falta de autoridad⁵⁵. La autoridad (el poder derivado del respeto o la estima; la influencia debida al carácter o valía intelectual) se ha construido, efectivamente, en términos masculinos. Estar dotado de autoridad incluye una fisonomía, voz y estatura física masculinas pero, además, la masculinidad imaginada o construida está asociada a la razón, racionalidad, objetividad, fuerza y decisión. Alternativamente, la construcción

⁵² Muy sucintamente, en esta acusación al liberalismo habría que incluir, por ejemplo, la crítica a la separación entre la esfera pública y la privada (esta última excluida de lo político en sentido amplio y donde se habría relegado a las mujeres), así como la crítica a la visión del sujeto jurídico como un individuo abstracto, sin género, sin clase y sin raza, cuando, en realidad, se trata de un individuo concreto, varón, blanco y de clase media.

⁵³ Sin ir más lejos, con el movimiento de los *Critical Legal Studies* y con la corriente comunitarista.

⁵⁴ *Vid. supra*, nota 12.

⁵⁵ *Vid.* a este respecto el estudio de Margaret THORNTON, “Deconstructing Affirmative Action”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 1997, vol. 2, pp. 188-9, también para lo que sigue.

de la feminidad reflejará subordinación a la hora de diseñar las estructuras conectadas con la jerarquía y la gestión en las empresas. Todo lo reseñado hasta el momento hace pensar, pues, que, efectivamente, la integración se saldaría con la pretensión asimiladora de lo femenino a lo masculino o, dicho de otro modo, con la pretensión de que las mujeres se comporten en dichos puestos como hombres. Sin embargo, como los estudios realizados demuestran, cuando las mujeres ocupan puestos de dirección en las empresas, se crean otros puestos de mayor poder y autoridad ocupados por hombres⁵⁶. Con ello se evidencia que, al menos en algunos casos, el problema no es tanto la asimilación, como la “desviación del poder” que se produce con la incorporación de la mujer a determinadas instancias. De ahí la importancia del análisis de la subordinación estructural y de ahí la importancia, asimismo, de un diseño de la acción positiva basado en el mismo⁵⁷.

IV. CONCLUSIONES

El llamado Derecho antidiscriminatorio surge como respuesta jurídico-política a un movimiento emancipador que convulsiona el principio jurídico tradicional (liberal) de la igualdad individualista y abstracta. A resultas de esta convulsión los ordenamientos jurídicos se hacen eco de la problemática de desigualdad grupal, pero a través de una serie de fórmulas jurídicas que, a la postre, supeditan la importancia de la misma a la que pueda afectar a los individuos del grupo socialmente hegemónico. Para realizar esta operación, bajo la expresión Derecho antidiscriminatorio se incluyen una serie de actuaciones normativas que sólo aparentemente tienen que ver con el mismo fenómeno de desigualdad. A resultas de todo ello, si se quiere que el Derecho

⁵⁶ *Ibidem*, p. 307 y ss.

⁵⁷ Resultan interesantes, en esta línea, estudios como el de Mark A. POLLACK y Emilie HAFNER-BURTON “Mainstreaming Gender in the European Union” (*Academy of European Law online, Harvard Jean Monnet Chair*, [http://www.law.harvard.edu/programs/Jean Monnet/papers/00/000201.html](http://www.law.harvard.edu/programs/Jean%20Monnet/papers/00/000201.html)) donde se analiza la implantación del *mainstreaming* (perspectiva de género) en las cuatro grandes áreas de la política comunitaria (Fondos estructurales, Empleo, Desarrollo y Competencia). A resultas de este análisis se pone en evidencia la absoluta impermeabilidad de la política de Competencia a dicha perspectiva de género debido, por un lado, a la estructura y dinámica neoliberal que impera en dicha área y, por otro, a los términos “integracionistas” en los que se ha llevado a cabo el *mainstreaming*, esto es “integrando a las mujeres y las cuestiones de género en las políticas específicas más que reelaborando los objetivos fundamentales de la Unión Europea desde una perspectiva de género”.

antidiscriminatorio sirva como instrumento de justicia grupal necesita una profunda revisión que ha de partir de su propia base o definición.

A este respecto, dos líneas estratégicas de revisión merecen particular atención. Una, que exigiría un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación (basado en la diferencia de trato) al de subordinación (basado en la diferencia de *status*). Otra, que exigiría una ampliación del concepto hegemónico de acción positiva que no se viera reducido a la igualdad de oportunidades.