



Acción positiva

María de la Macarena Iribarne González

University of Wollongong

iribarena@googlemail.com

Resumen

Las acciones positivas son aquellas medidas surgidas en los años sesenta con el objetivo de paliar la discriminación que han padecido ciertos grupos. En esta voz se aborda brevemente cuál ha sido su justificación, cómo se les ha clasificado y cuáles han sido los criterios más comunes que han seguido los tribunales para decidir sobre su legitimidad.

Palabras clave

Acción positiva, discriminación, derecho antidiscriminatorio.

Affirmative action

Abstract

Affirmative actions are policy measures that emerged in the sixties in order to alleviate the discrimination suffered by certain groups. This paper briefly described how these actions have been justified, how they have been classified and what were the most common criteria followed by the courts to rule on their legitimacy.

Keywords

Affirmative actions, discrimination, anti-discrimination law.

1. Definición

Las medidas de acción positiva –o acción afirmativa como se le conoce en el derecho estadounidense- surgieron en los años sesenta en los Estados Unidos de América. En su origen estas medidas tenían como finalidad paliar la discriminación padecida por el colectivo afroamericano en ese país, posteriormente su objeto se ha ampliado para favorecer también a las mujeres u otros grupos oprimidos (Peters, 1999: 3). Es necesario aclarar que la razón por la que se considera a las mujeres –la mitad de la población- a efectos de las acciones positivas como grupo responde a su falta de poder económico, social y político (Osborne, 1997: 65 y 66).

Las acciones positivas se pueden definir como todas aquellas medidas que tienen como beneficiarios directos a individuos que han padecido o padecen una discriminación o se hallan en una situación de desventaja estructural por pertenecer a un colectivo cuya desigualdad se manifiesta desde el punto de vista grupal, y que tienen como finalidad corregir esa discriminación o desventaja a través de beneficios inmediatos, con el objetivo de lograr unos niveles más altos de igualdad real en la sociedad.

Las acciones positivas son, por lo tanto, medidas que benefician a personas concretas en virtud de su adscripción a cierto colectivo. Martín Vida (2002: 38) afirma que para que podamos hablar de acciones positivas la pertenencia a ese colectivo debe estar “determinada a su vez por la posesión de algún rasgo completamente inmutable e íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como ser humano”. En otras palabras, la persona no puede elegir ni cambiar su pertenencia al susodicho colectivo.

2. Justificación

Es posible justificar las acciones positivas sobre la base de los siguientes tres fundamentos: justicia distributiva, justicia compensatoria y utilidad social (Rodríguez, 1999: 256). La distinción entre justicia distributiva y compensatoria o correctiva ya está presente en el pensamiento aristotélico. En cuanto a la utilidad social también podemos localizar su origen en el pensamiento griego, aunque tal vez su desarrollo más importante lo encontremos en el utilitarismo desarrollado durante los siglos XVIII y XIX.

La justicia distributiva, nos dice Aristóteles (2007: 105- 107)., “es la que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad”. Esta justicia está basada en la proporción geométrica de tal forma que “el que comete la injusticia tiene una porción excesiva de bien y el que la padece, demasiado pequeña”.

Las acciones positivas serían –desde la perspectiva de este tipo de justicia- un medio para repartir en el presente de una manera más proporcional los recursos de la sociedad. El objetivo de estas medidas consiste en beneficiar a aquellas personas que, por su pertenencia a un determinado colectivo, han recibido injustamente una proporción de un bien determinado menor a la que justamente les correspondía.

La justicia distributiva cumple un fin que va más allá de la ayuda a un individuo concreto, en cuanto debe colaborar en la conformación de la estructura básica de la sociedad. De acuerdo con John Rawls (2006: 67-88) existen dos principios de justicia que pueden ayudar a crear un marco institucional más justo. El primero es que cada persona tiene igual derecho al más amplio esquema de

libertades fundamentales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos (*principio de igualdad en las libertades básicas*), y en segundo lugar las desigualdades económicas y sociales (especialmente las relativas a la riqueza y la autoridad) han de satisfacer dos condiciones: tienen que (a) ser para el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad (*principio de la diferencia*), y (b) tienen que estar asociadas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de igualdad de oportunidades (*principio de la justa igualdad de oportunidades*).

A pesar de que Rawls no abordó expresamente las acciones positivas diversos autores consideran que estas medidas pueden ser encuadradas en el esquema rawlsiano, porque éstas persiguen el principio de justa igualdad de oportunidades (Nagel, 2003: 84; Rodríguez, 1999: 263; Rodríguez Zepeda, 2004: 112). El principio rawlsiano de justa igualdad de oportunidades “sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables” (Rawls, 2006: 103), o, como es el caso de los titulares de las acciones positivas han sufrido el racismo o el sexismo sistemático y prolongado. Las acciones positivas basadas en la raza y el género serían de esta forma un medio “para restaurar la integridad de un sistema distributivo basado en el derecho a la igualdad de oportunidades” (Rosenfeld, 1991: 302- 303).

Por su parte, la justicia compensatoria o correctiva es, para Aristóteles (2007: 105-109), “la que establece los tratos en las relaciones entre individuos”, tanto voluntarios como involuntarios. A diferencia de la justicia distributiva, la justicia correctiva está basada en la aritmética, y su función es corregir las desigualdades. “De modo que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida en los cambios no voluntarios y consiste en tener lo mismo antes que después”.

En el contexto de las acciones afirmativas, la justicia compensatoria busca resarcir a las víctimas del racismo y el sexismo por los daños que han sufrido. Para lograr este fin “la justicia compensatoria demanda la transferencia de bienes y recursos de una persona o grupo de personas a otra/s a los efectos de restablecer la situación de igualdad que existía o debía haber existido entre ellas antes de la imposición de las condiciones que resultaron en privilegios para el violador de la igualdad y obstáculos para sus víctimas” (Rodríguez, 1999: 257). Bajo la óptica de esta justicia los integrantes del colectivo dominante no se verían injustamente perjudicados por las medidas de acción positiva porque consciente o inconscientemente se han visto beneficiados –tanto en el caso del racismo como en el del sexismo- por lo que la posición que ocupan en la sociedad es fruto de esa situación de desigualdad.

Por último, las acciones positivas se pueden justificar por la utilidad social que proporcionan. De acuerdo con el utilitarismo, la política moralmente correcta será aquella que genere mayor felicidad o bienestar para los integrantes de una sociedad (Mill, 1998: 137). Para evaluar si las acciones positivas aumentan el bienestar general es necesario ponderar los daños y los beneficios.

Las y los defensores de las acciones positivas sostienen que éstas aumentan el bienestar general porque colaboran –entre otras cosas- a la eliminación de viejos y perjudiciales estereotipos aumentando la confianza de aquellos colectivos que históricamente han sido discriminados; crean una sociedad más diversa y justa, promocionan modelos de roles deseables, atenúan las tensiones raciales y entre los



sexos (Rosenfeld, 1991: 95). Estos cambios se efectúan además sin producir un daño significativo en la imagen y los intereses de los integrantes del grupo dominante, porque las medidas de acción positiva están diseñadas para integrar en ciertos ámbitos a personas normalmente excluidas de ellos, no para excluir a los que históricamente han ocupado estas posiciones (Rodríguez, 1999: 265). En conclusión, y siguiendo a la feminista Deborah Rhode (1991: 188) las acciones afirmativas son cruciales “para lograr conseguir un orden social en el cual la riqueza, el poder y el estatus no se encuentren distribuidos sobre líneas raciales, étnicas o sexuales” porque estas acciones ayudan a “disipar los estereotipos que contribuyen a esta distribución desigual”.

3. Clasificación

Las acciones positivas pueden ser clasificadas en medidas de concienciación y medidas de promoción. Las primeras se limitan a sensibilizar sobre el problema e intentar crear un estado de opinión favorable a la igualdad estimulando un cambio en las actitudes; las segundas buscan “corregir los defectos (que acaban teniendo carácter estructural) de los sistemas de selección tradicionalmente basados en el mérito en los que es muy frecuente que se introduzcan o se hayan introducido, aunque sea inconscientemente, prejuicios y prácticas aparentemente neutras pero que merman las posibilidades de los miembros de los colectivos tradicionalmente marginados de conseguir el bien al que se aspira” (Martín Vida, 2002: 42- 43).

Las medidas de promoción se dividen a su vez en: medidas de incentivación y medidas de trato preferente (*preferential treatment*). Las medidas de incentivación buscan incrementar las oportunidades competitivas de las personas a las que están dirigidas estas políticas, a través de diversos medios, como pueden ser: brindar información y alentar la solicitud de ciertos empleos; aportar medios económicos como subvenciones, becas, etc.; favorecer la compatibilidad entre vida personal y trabajo. Las medidas de trato preferente surgen en contextos en los que el bien perseguido está caracterizado por elementos de escasez y de indivisibilidad (por ejemplo, un puesto de trabajo), y pueden consistir en: conceder una puntuación extra a una persona por su pertenencia a determinado colectivo; servir como medida de desempate en el supuesto en que varias solicitudes presenten la misma cualificación; o dar una preferencia automática al sujeto de la política de la acción positiva, siempre y cuando cumpla con los requisitos de cualificación mínimos (Martín Vida, 2002: 44- 48).

Respecto a estas últimas medidas es necesario hacer una aclaración, porque es común que se les designe con los términos discriminación inversa o discriminación positiva (considerados como sinónimos). Existen, sin embargo, buenas razones para no emplear estas expresiones. La primera porque la locución discriminación inversa se ha utilizado en Estados Unidos para calificar a las medidas positivas inconstitucionales, dado lo cual parecería que se prejuzga su apego a los principios y normas constitucionales (Barrère Unzueta, 2002: 29). La segunda razón es que el término discriminación no es neutro y su connotación es negativa y peyorativa (Rosenfeld, 1991: 43). En concreto, en el contexto del derecho antidiscriminatorio “el concepto de discriminación tiene que ver con los grupos”, por lo tanto, no es exacto decir que *un integrante* del grupo dominante ha sido discriminado individualmente por una acción positiva (Barrère Unzueta, 1997: 94-95). En este sentido, Barrère Unzueta (2002: 31-32) sostiene que “unir la palabra *inversa* a *discriminación* da a entender que es el mismo fenómeno de injusticia el que se produce, en este caso, y a través de la acción positiva, en otro u otros individuos” que no resultan beneficiados por esa acción; sin embargo, “esto no es exacto, en la medida en que el fenómeno de injusticia que sufre un individuo por su

pertenencia a un grupo socialmente subordinado [...] es *diverso* al fenómeno de injusticia que sufre un individuo por su pertenencia a un grupo socialmente dominante”, lo cual no es óbice para que en ciertos casos un individuo pueda ser injustamente tratado por la existencia de determinada acción positiva, pero “este fenómeno de injusticia es *diverso* y, por lo tanto, no debe ser designado con la misma denominación”. Por otra parte, para esta autora, en el contexto del nuevo Derecho antidiscriminatorio hablar de discriminación positiva es “una *contradicción in terminis*”.

Es precisa una segunda aclaración respecto a las medidas de trato diferente, lo que nos lleva a abordar la cuestión de las cuotas y los objetivos numéricos. De manera errónea se considera que las cuotas son medidas de trato preferente, cuando en realidad se trata de un mecanismo para fijar qué número o porcentaje de un bien escaso e indivisible se destinará a los beneficiados de determinado programa de acción positiva (Martín Vida, 2002: 48-49). Los objetivos numéricos (*goals*), por su parte, indican cuál es el porcentaje o número de integrantes de cierto colectivo que se desea alcanzar en el futuro, sin especificar cómo se conseguirá. El tiempo para lograr este objetivo puede ser corto o largo, determinado o indeterminado (Rosenfeld, 1991: 45).

4. Las acciones positivas y los tribunales

No hay criterios absolutos para determinar cuándo una medida de acción positiva será calificada por un tribunal como legítima o ilegítima, ya que esta decisión dependerá mucho del momento sociopolítico e incluso de la configuración del tribunal (*íd.*: 30), no obstante, Michael Rosenfeld nos da cierta luz sobre este asunto al resumir los seis criterios que los tribunales estadounidenses siguen a la hora de evaluar si una acción positiva es constitucional o no lo es. En primer lugar, debe existir “una clase de individuos que, por acciones estatales o a través de conocidas acciones sociales sistemáticas permitidas o ayudadas por el estado, han sido privados de medios (o no han sido provistos de los medios que tenían los restantes miembros de la sociedad) sobre la base de una característica moralmente irrelevante compartida por todos los integrantes de la clase”. Deben existir, además, “efectos adversos presentes vinculables con las pasadas privaciones”. Es necesario, también, “que esa clase; tomada como un todo, sea sustancialmente desfavorecida en la competencia por el bien escaso que sea el objeto materia del programa de la acción positiva” y “que la deficiencia en medios atribuida en las privaciones conocidas haya resultado en reducir las posibilidades de éxito de los individuos miembros de la clase”. En cuarto lugar, “la acción positiva debe estar racionalmente calculada para que las posibilidades de las víctimas sea las que tendrían si no hubiera tenido lugar la privación. Asimismo, “ningún remedio alternativo” debe ofrecer una eficacia análoga para alcanzar la igualdad perseguida “en el mismo periodo en que lo ha hecho el programa de la acción afirmativa”. Por último, “la carga de un miembro inocente de un grupo no preferido debe limitarse a una disminución en las posibilidades de obtener un bien, objeto del plan de la acción positiva, o un aumento en las posibilidades de perder un bien en épocas de contracción económica”, una vez probado que el incremento o descenso en dichas posibilidades “está racionalmente calculado para poner a los individuos que no serán elegidos o tendrán menos oportunidades de serlo en una posición que no es peor respecto a aquella que él o ella tendría de no haberse producido la privación” (Rosenfeld, 1991: 332- 333).



Bibliografía

- ARISTÓTELES (2007), “Ética Nicomáquea”, en ARISTÓTELES, *Ética*, Editorial Gredos, Barcelona.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (1997), *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP/Civitas, Madrid.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2002), “Igualdad y ‘Discriminación Positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en GARCÍA INDA, A. y LOMBARDO, E. (coords.), *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Huesca.
- MARTÍN VIDA, M.A (2003), *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid.
- MILL, J.S. (1998), “Utilitarianism”, en MILL, J.S., *On Liberty and other essays*, Oxford University Press, Oxford.
- NAGEL, Th. (2003), “Rawls and Affirmative Action”, *The Journal of Blacks in Higher Education*, Núm. 39, pp. 82-84.
- OSBORNE, R. (1997), “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers*, Núm. 53, pp. 65-76.
- PETERS, A. (1999), *Women, Quotas and Constitutions. A Comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, European Community and International Law*, Kluwer Law, Cornwall.
- RAWLS, J. (2006), *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RHODE, D. (1991), *Justice and Gender. Sex discrimination and the law*, Harvard University Press, Cambridge.
- RODRÍGUEZ, M.V. (1999), “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en FACIO, A. y FRIES, L. (eds.), *Género y Derecho*, LOM/ La Morada, Santiago de Chile.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (2004), “El igualitarismo radical de John Rawls”, *Isegoría*, Núm. 31, pp. 95-114.
- ROSENFELD, M. (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven y Londres.