

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LAS VENTAJAS Y RIESGOS DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Por: Yefferson Mauricio Dueñas'
Fecha de recibido: 5.10.07
Fecha de aceptación: 30.11.07

Evaluado por:
Carlos Alberto Torres Ruíz

Resumen

Las acciones afirmativas son aquellas medidas con orientación social, cultural o económica, adoptadas a favor de personas que se encuentran en condiciones especiales de debilidad o que han sido tradicionalmente discriminadas. Aún cuando su objetivo es altruista su realización no resulta del todo pacífica, no sólo porque tienen especial relevancia para la distribución de bienes o servicios en una sociedad caracterizada por la escasez, sino, además, por los riesgos que se derivan cuando se recurre a ellas con relativa frecuencia y en escenarios políticamente sensibles. Este trabajo pretende destacar sus ventajas y fundamentos teóricos, pero también mostrar sus riesgos y debilidades en perspectiva constitucional.

Abstract

The affirmative actions are those measures with social, cultural or economic orientation, adopted in favour of persons who are in special conditions of weakness or who have been traditionally

Abogado Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional (Universidad Nacional de Colombia), Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Externado de Colombia) y Magister en Derecho Público (Universidad de Navarra, España). Docente de las Universidades Rosario y Nacional de Colombia. yduenas@gmail.com

discriminated. However, still when their objective is altruistic its realization is not completely simple, not only because they have special relevance for the distribution of goods and scarce services in the society, but also for the risks that are derived when it is frequently appealed them. This work seeks to characterize them, to highlight its advantages and theoretical foundations, but also to show its risks and weaknesses in constitutional perspective.

Palabras clave:

Igualdad, acciones afirmativas, discriminación inversa.

Keywords:

Equality, affirmative actions, reverse discrimination.

Introducción

Uno de los derechos que ha generado mayor controversia por sus continuas transformaciones históricas es el de la igualdad. Con frecuencia se recuerda el planteamiento de Aristóteles, según la cual debe tratarse de igual forma situaciones iguales, pero de manera diferente las que son distintas. Y esa apreciación, aunque en apariencia resulta obvia, constituye uno de los postulados constantemente recordados por la jurisprudencia y la academia, que ha servido de base para innumerables estudios no solo desde las teorías de la justicia, en general, sino del derecho, en particular. Precisamente en ese devenir histórico han surgido las acciones afirmativas.

Las acciones afirmativas son aquellas medidas jurídicas, con orientación social, cultural o económica, adoptadas a favor de personas que se encuentran en condiciones especiales de

debilidad o que han sido tradicionalmente discriminadas.

Algunos ejemplos de ellas son los subsidios para contratación laboral de jóvenes o de adultos mayores, las becas educativas para personas o familias de escasos recursos, las políticas de integración social indígena, las ayudas para contratación de minusválidos, las campañas publicitarias en procura de la igualdad entre hombres y mujeres, el fomento de cursos de especialización y promoción para mujeres, o la facilitación de trabajos a tiempo parcial y con horarios flexibles (Ruíz Miguel, p.126), la orientación de recursos para determinadas políticas y programas, las leyes que reservan algunos cupos en instituciones educativas para minorías étnicas, las que asignan un porcentaje de empleos para los discapacitados físicos, las normas que imponen representación de ciertos grupos en partidos políticos o en foros democráticos como el Congreso, entre otras.

Sin embargo, aún cuando su objetivo es altruista

su realización no resulta del todo pacífica, no sólo porque tienen especial relevancia para la distribución de bienes o servicios en una sociedad caracterizada por la escasez, sino, además, por los riesgos que se derivan cuando se recurre a ellas con relativa frecuencia y en escenarios políticamente sensibles.

El presente estudio (que constituye un estudio preliminar sobre la materia) pretende reseñar la discusión teórica que subyace cuando se habla de acciones afirmativas, destacando sus ventajas pero también sus riesgos y debilidades, con el fin de contribuir al debate en un tema cuya pertinencia es hoy especialmente oportuna. Prueba de ello son los recientes fallos sobre el acceso a la educación en las universidades norteamericanas, donde se reservan cupos para personas de raza negra, la reformulación en Europa de políticas de vinculación de la mujer en el campo laboral, o las recientes decisiones judiciales en Colombia relacionadas con la protección de las mujeres en diferentes escenarios como el familiar y el laboral.

Decía Dreier que "la interpretación de la máxima de igualdad que uno elija depende de la filosofía del derecho y del Estado de Derecho que uno posea". Alexy retoma esta idea para concluir que la visión del Estado cobra especial relevancia en el ámbito de la igualdad, precisamente porque las cuestiones político-filosóficas y jurídico-filosóficas vinculadas a ella son muy controvertidas (Alexy, p.407). Con una orientación similar, Habermas advierte que "la disputa histórica entre el paradigma jurídico liberal y el paradigma jurídico ligado al Estado social puede también entenderse como una disputa sobre este trazado de límites y, por tanto, sobre los correspondientes criterios de trato igual" (Habermas, p.498).

Si lo anterior es correcto, como parece evidenciarlo la sintonía de criterios autorizados,

se hace evidente la necesidad de conocer el debate teórico que subyace sobre el Estado y su papel frente a la igualdad cuando se habla de acciones afirmativas. En este sentido, la discusión ha sido planteada como una tensión entre igualdad formal e igualdad material, o si se quiere entre las teorías del liberalismo y sus posiciones revisionistas, especialmente el Estado Social de Derecho. Por ello, mi objetivo en este artículo consiste en poner de presente cuáles son los argumentos a favor y en contra de estas medidas de manera que sea posible una valoración reposada, pero crítica, de unos y otros.

Situados en el ámbito de un Estado Social de Derecho como el Colombiano, que es precisamente el escenario donde se supone la existencia de las acciones afirmativas, el interrogante a responder es el siguiente: ¿hasta qué punto está permitido invocar la igualdad material como fundamento para fijar tratamientos diferenciales y restringir el ejercicio de otros derechos y libertades?

Para aportar algunas ideas al respecto, a continuación trataré de sistematizar la controversia y plantear el curso del debate tomando en cuenta esencialmente tres posiciones: (1) quienes rechazan o rechazarían cualquier tipo de acción afirmativa, por considerar que atenta contra la libertad del individuo y su plena realización; (2) quienes defienden este tipo de medidas, pues ven en ellas mecanismos necesarios para superar problemas históricos de discriminación que se reproducen en el presente; y, finalmente, (3) aquellos que a pesar de reconocer la importancia de la libertad del individuo encuentran en las acciones afirmativas una herramienta para alcanzar niveles mínimos de equidad o que son producto del debate democrático.

Trasladados estos problemas al campo del

Derecho constitucional, será posible determinar si realmente es válido hablar de una tensión entre igualdad formal e igualdad material, o si sería preferible orientar la discusión hacia los límites de esta última. Considero que no se puede sostener que las acciones afirmativas son un medio para alcanzar la igualdad material, si no sabemos primero si en verdad queremos esa igualdad, y si no definimos con claridad qué tanto aspiramos a ser iguales a los demás, porque "tanto los proponentes como los oponentes de acciones afirmativas son partidarios de la igualdad, por eso el debate se centra en entender el significado de igualdad" (Rosenfeld, p.3).

Es necesario advertir que entre las doctrinas de los autores que se inscriben al interior de cada una de las corrientes descritas, existen diferencias considerables que no permiten una equiparación integral, pero que van en la misma dirección al menos en lo que tendría que ver con la valoración de las acciones afirmativas y de discriminación inversa. Antes de entrar en materia quisiera recordar que la idea de igualdad no desaparece en ninguna de estas posiciones, aún cuando la noción que se tiene de ella varía considerablemente. De hecho, "una de las características presentes en casi todas las teorías de la justicia es que propenden, en uno u otro sentido, por la igualdad de los hombres (...). Pero a su vez podemos indicar que entre ellas existe una gran diversidad en cuanto a la variable qué ha de distribuirse de manera igualitaria" (Bonilla y Jaramillo, p.53).

1. Argumentos de rechazo a las acciones afirmativas.

1.1 Supremacía de la libertad.

Una de las tesis centrales de quienes no admiten la existencia de políticas de acción afirmativa,

parte de la idea de que es necesario preferir la libertad del individuo antes que la igualdad entre los hombres. Corresponde a la visión liberal en su fórmula más radical, según la cual la única igualdad válida sería la igualdad ante la ley. Algunos suelen denominar esta corriente como la vertiente individualista del liberalismo, por oposición a una vertiente humanitarista moderada (Cortés Rodas, p.21).

Dentro de esta corriente podrían inscribirse autores como John Locke, Adam Smith, Friedrich Hayek, Milton Friedman o Robert Nozick, quienes afirman, en términos generales, que la verdadera realización de la libertad se logra con la interferencia mínima del Estado, reducida a la protección de los derechos civiles y en particular de la propiedad. El hombre, individualmente considerado, es quien debe diseñar su proyecto de vida y realizarlo con su trabajo permanente sin que el Estado deba desempeñar un papel distinto al de árbitro o tercero imparcial.

Por ejemplo, "Locke justifica la tesis liberal de la primacía del individuo sobre la sociedad y, con ésta, la tesis sobre la prioridad del derecho individual a la apropiación frente a aquellas exigencias morales de la sociedad que demanden una redistribución de las propiedades" (Cortés Rodas, p.57). Cada hombre es quien debe diseñar su proyecto de vida y realizarlo con su trabajo permanente de acuerdo con las metas trazadas para tal fin.

Otro representante de este enfoque es Friedrich A. Hayek, para quien la única igualdad posible sin destruir la libertad, es la igualdad en la formulación del derecho. Según sus palabras, "la libertad no solamente nada tiene que ver con cualquier clase de igualdad, sino que incluso produce desigualdades en muchos aspectos" (Hayek, p.175). El autor es claro al rechazar la igualdad material como una finalidad del Estado, en la medida en que se opone y excluye

la libertad². Bajo esta óptica una condición de debilidad económica debe ser corregida por las leyes del mercado, pues cada quien tiene la misión de esforzarse por superar su condición sin pretender que un tercero, el Estado, intervenga para brindar ayudas o subvenciones que terminarían por afectar todo el sistema y la verdadera realización humana.

Si cada hombre es valorado como un ser independiente y autónomo, el Estado tampoco tiene la misión de asegurar derechos sociales, ya que una tarea así implicaría decidir por anticipado sobre sus preferencias y trazar el curso de su vida, vulnerando la autonomía y de alguna manera el derecho de propiedad, uno de los más sagrados para el liberalismo.

En la misma línea, Milton Friedman sostiene que "la igualdad de resultados está en clara contradicción con la igualdad" (Friedman, 186). La igualdad es concebida para él como una carrera abierta a los talentos, acuñando una expresión propia de la revolución francesa y asimilada en buena medida a la igualdad formal ante la ley. O como lo dijo Hayek, la misión del derecho no consiste en asegurar resultados sustantivos sino en establecer reglas de conducta, posición que podría atribuirse a cualquiera de los autores aquí mencionados.

Las acciones afirmativas constituyen entonces una política que no sólo resulta extraña a los modelos que reivindicán la libertad, sino que son incompatibles con la noción de Estado que en ellas se concibe. Siendo esto así, son reprochables en tanto interfieren con el desarrollo autónomo del individuo y aumentan la desigualdad entre los hombres. Bajo esta perspectiva, ni el Legislador, ni el Juez, ni ninguna otra autoridad, tienen legitimidad para adoptar medidas de tal naturaleza y hacerlo

implicaría subvertir los pilares de cualquier Estado que se precie de fundarse en el respeto por las libertades individuales.

Dos personajes reseñan en breves y famosas líneas esta postura. El primero es Lord Acton, quien refiriéndose a la revolución francesa señaló que "la más sublime oportunidad que alguna vez tuvo el mundo se malogró porque la pasión por la igualdad hizo vana la esperanza de libertad". El otro, Oliver Wendell Holmes Jr., expresaba: "No tengo ningún respeto por la pasión de la igualdad, que se me antoja mera idealización de la envidia".

1.2 La justicia compensatoria y redistributiva es indeseable.

Ligado a lo anterior, los opositores de las acciones afirmativas consideran que la justicia compensatoria y redistributiva de bienes y servicios, que está inmersa en ellas, también debe ser rechazada. En la medida en que cada hombre establece sus preferencias y proyecta su plan de vida, debe ser responsable de asumir las consecuencias que de ello se siguen. Nozick explica, por ejemplo, que quien decide trabajar más horas con el propósito de tener mejores ingresos, prefiere algunos beneficios distintos a la recreación o a cualquier tarea que pudiese desarrollar durante su tiempo de descanso.

Para quienes se inscriben en esta corriente, las acciones afirmativas, como una expresión de la justicia distributiva en aras de la igualdad material, lejos de potenciar el desarrollo personal constituyen obstáculos a la plena realización de los intereses propios y de proyectos de vida libres y autónomos. Son, en consecuencia, desdeñables.

El rechazo a la justicia compensatoria implica

² "Por lo tanto, la igualdad ante la ley y la igualdad material no solamente son diferentes, sino contrapuestas, pudiendo obtenerse una de las dos, pero no las dos al mismo tiempo. La igualdad ante la ley, que la libertad requiere, conduce a la desigualdad material. Con arreglo a tal criterio, si bien el Estado ha de tratar a todos igualmente, no cabe usar la coacción en una sociedad libre con vistas a igualar más la condición de los gobernados. El Estado debe utilizar la coacción para otros fines". (Hayek, p.178).

también que la idea de utilizar las acciones afirmativas, como forma de paliar las injusticias cometidas en el pasado que se reflejan en el presente, es reprochable al menos por dos razones:

En primer lugar, porque la asignación de responsabilidades se desvanece o al menos no coincide con quienes pudieron haber causado un daño. De apelar a las acciones afirmativas se condenaría a víctimas inocentes por las acciones de otros, siendo su único pecado el de pertenecer a un grupo que en el pasado cometió alguna injusticia. Si de lo que se trata es de compensar, habría que compensar a quienes efectivamente sufrieron un daño, y condenar a quienes efectivamente lo causaron, pero no premiar a quien no ha sido perjudicado, ni menos aún castigar a quien no causó ese daño.

En segundo lugar, porque equiparar la magnitud de un daño con la magnitud de un beneficio es algo complejo. De la misma forma como no es fácil valorar los bienes (el sol o el cine en el ejemplo de Nozick), es difícil señalar cómo debe enmendarse un agravio global sin conocer concretamente cuál fue su dimensión ni quién lo padeció directamente.

En un interesante artículo en defensa de la justicia distributiva, Paulette Dieterlen reconoce que uno de los grandes dilemas es que "hay tantas concepciones de la justicia distributiva como creencias en lo que es necesario recompensar a nivel social. Así, el espacio en blanco de la frase 'a cada quien según sus... (necesidades), de cada quien según sus... (capacidades)' puede ser llenado con distintos conceptos" (Dieterlen, p.78). Pero definir esos conceptos supondría que un tercero definiera los intereses o expectativas de otros en menoscabo de la autonomía que reivindica la doctrina liberal.

1.3 Hay que tomar en serio el principio de no discriminación.

Otro de los argumentos para rechazar las acciones afirmativas tiene que ver con el alcance del principio de no discriminación. Los opositores consideran que cualquier norma que establezca diferencias con base en criterios expresamente prohibidos como la raza, el sexo o la religión, debe ser rechazada sin importar de donde provenga ni cual sea su objetivo. Sencillamente dichos criterios no pueden ser utilizados para establecer tratamientos desiguales. En el derecho norteamericano se hace referencia a categorías concretas como la raza (race-blind) o el sexo (gender-free).

Un crítico de estas medidas, Carl Cohen, entiende que el principio de igualdad supone, cuando menos, que "es incorrecto, siempre y en cualquier parte, dar ventajas especiales a cualquier grupo simplemente sobre la base de características físicas que no tienen ninguna importancia con el premio otorgado o la carga impuesta" (Cohen, 2003, p.25). Luego añade que tener en cuenta el color de piel es manifiestamente injusto, pues negros y blancos son iguales, como los son también rubios y morenos, católicos o judíos.

Desde esta perspectiva, el problema de las acciones afirmativas es que toma en cuenta categorías que no deben ser usadas para consentir diferencias entre sujetos con los mismos derechos. Siguiendo esa lógica, Cohen concluye que es moralmente reprochable utilizar tales categorías para imprimir una falsa compensación a quienes no fueron los realmente discriminados en el pasado. Así, dice, si la experiencia ha enseñado que el color de piel no es un criterio de diferenciación legítimo, sería un gran error acudir a él en el presente porque "el uso discriminatorio de las clasificaciones raciales no es menos injusto

ahora cuando está dirigido a los blancos, que entonces cuando fue dirigido contra los negros”.

1.4 El alto perjuicio individual no supone un beneficio colectivo valioso.

El argumento en contra de las acciones afirmativas es el siguiente: aún cuando es cierto que solo algunos miembros del grupo excluido van a verse afectados con una acción afirmativa, también lo es que ellos son claramente identificables y el costo que asumen es muy alto.

Por ejemplo, en el proceso de admisión a una universidad o en un concurso de méritos para el ingreso a un cargo donde se reserven algunas plazas en función del sexo o la raza, siempre será posible determinar quién es la persona rechazada en aplicación de una cuota. Pero el hecho de que sea perteneciente al grupo tradicionalmente “no discriminado”, no le resta importancia ni hace que sus derechos pierdan valor. Asumir lo contrario implicaría, según los opositores, anular el derecho a ser tratado como igual, ya que tan ilegítima es la tiranía de la mayoría contra la minoría, como reprochable que una mayoría satisfecha abuse de uno de sus miembros y le impida acceder a un bien escaso.

Aquí no es de recibo el argumento según el cual el beneficio colectivo es mayor que el sacrificio de un derecho subjetivo, no sólo porque la protección de los individuos como sujetos aislados es de especial relevancia para toda la comunidad, sino porque es dudoso que realmente se satisfaga un interés general (Abram, p.1312). En efecto, siguiendo el ejemplo de las cuotas laborales, la provisión de un empleo a una persona idónea, pero no la mejor capacitada, significaría que el mérito y la excelencia, que redundarían en beneficio de toda la colectividad, fueran desplazadas

atendiendo criterios como la raza o el sexo.

1.5 Violación de otros derechos de libertad.

Sumado a lo anterior, el uso de acciones afirmativas amenaza otros derechos como la libertad de empresa y la autonomía del individuo. En efecto, si ya es dudosa la legitimidad de estas medidas cuando las implementa el Estado, pretender que sus políticas se hagan extensivas en la órbita de las relaciones privadas es, cuando menos, una intromisión ilegítima.

Los opositores de estas medidas consideran entonces que en un modelo de libre competencia con economía de mercado, un empresario goza de amplia autonomía, por ejemplo para vincular el personal que estime conveniente de acuerdo a sus expectativas o preferencias individuales (como la confianza). Naturalmente que no puede vulnerar los derechos de terceros, pero tampoco tiene la obligación de sacrificar sus intereses por maximizar los de otros.

Algunos incluso creen que hay ámbitos de autonomía en los cuales el derecho no puede evitar ni reprimir la discriminación, sin que ello implique excluir los reproches morales. Por ejemplo, si algún musulmán tiene animadversión hacia los católicos no puede obligársele a que, en condiciones normales de mercado, venda su coche a un miembro de esa comunidad.

1.6 Efecto “boomerang” de las acciones afirmativas.

En esta línea crítica con frecuencia se destaca el efecto perverso de las acciones afirmativas, porque refuerzan la ideología de desigualdad

con la creación de medidas falsamente protectoras o incluso paternalistas que paradójicamente discriminan a los supuestamente beneficiados y les imprimen un sello de minusvalía para competir en un plano de igualdad (Rey Martínez, p.329).

El argumento consiste en que "puede resentirse la autoestima de las personas que se ven favorecidas por ellas, incluso aunque, gracias a su configuración, hubieran sido seleccionadas igualmente al margen de esas medidas" (Martín Vida, p.183); e inversamente, quien no se benefició sentiría que fue por culpa de las acciones afirmativas, alimentando así sentimientos de odio.

Como si fuera poco, dicen los críticos de las acciones afirmativas, las víctimas serán generalmente los más débiles del grupo excluido a favor de los mejor ubicados en el grupo beneficiado, cuando en verdad no todos los integrantes de este último sufren las consecuencias de una discriminación pasada. Quizá esto explica por qué en sociedades con un nivel satisfactorio de bienes y servicios hay algún rechazo a políticas de igualdad material financiadas con recursos públicos, especialmente desde sectores que han alcanzado un estatus socio-económico medio o superior (Therelfall, p.99).

1.7 El riesgo de la división en cascada.

Por último, otra de las acusaciones contra estas medidas consiste en el riesgo de incremento de categorías diferenciales que lejos de alcanzar la cohesión estimularan el fraccionamiento social, pues habría que tener en cuenta una amplia gama de sectores al momento de adoptar acciones afirmativas (Ruiz Miguel, p.80). De esta manera, si a lo largo de su historia un país ha tenido niveles de exclusión

de diversos colectivos, como las mujeres, los minusválidos, los ancianos, los negros, los gitanos o los judíos, y en vez de prohibir clasificaciones con base en esas categorías las avalara mediante políticas de acción afirmativa, tendría entonces que hacerlas extensivas a cada uno de esos grupos, o a otros, alimentando profundos sentimientos de rivalidad e incluso de odio.

Aunque hay otras razones por las cuales se cuestiona la legitimidad y funcionalidad de las acciones afirmativas, han sido reseñadas las más sobresalientes y son ellas las que generan mayor debate desde la teoría política y constitucional. Veamos ahora la posición de sus defensores.

2. Argumentos en defensa de las acciones afirmativas.

En oposición a quienes rechazan cualquier tipo de acción afirmativa, los defensores de estas medidas parten de la visión de un Estado que interviene activamente en las relaciones sociales, de manera que no sólo adopta medidas prohibitivas de discriminación, sino mecanismos positivos de carácter compensatorio o redistributivo de bienes y servicios, y ven en ellas valiosos instrumentos para cumplir el ideario de un mundo más justo.

Dentro de los autores que las consideran legítimas existen divergencias en sus tesis centrales, o abordan el tema con enfoques distintos, pero todos coinciden en valorar las acciones afirmativas como una forma necesaria para alcanzar condiciones reales de igualdad, superar barreras históricas o culturales de exclusión, y fomentar la plena realización humana en perspectiva de equidad.

Entre los promotores de las acciones afirmativas hay consenso en considerar que no son un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar la igualdad real. Eso sí, creen que es el camino más expedito, aún cuando reconocen que algo tortuoso. Uno de ellos, James Sterba, destaca que el objetivo último de las acciones afirmativas es una sociedad donde criterios como la raza o el sexo dejen de ser relevantes (race-blind, gender-free), pero cree que para lograr ese objetivo es preciso utilizarlas temporalmente para compensar discriminaciones pasadas, remediar problemas del presente y promover la diversidad de cara al futuro (Sterba, p.200).

2.1 Necesidad de políticas distributivas.

Una forma de ilustrar el planteamiento de los defensores puede resumirse en la clásica idea, atribuida al marxismo, según la cual debe exigirse a cada quien según sus capacidades, y donde los recursos han de ser repartidos a cada quien según sus necesidades. Para algunos este tipo de políticas se explica porque "la experiencia del escaso o nulo valor de la libertad para quien padece una indigencia extrema ha alimentado la tendencia a incluir la liberación del hambre o de la miseria como aspecto esencial de la libertad" (Papachini, p.66).

En esta escuela se inscriben teóricos como Amartya Sen (2001), cuyo análisis es concebido desde la óptica de la economía: las revisiones marxistas de Philippe Van Parijs, que propone incluso el pago de un ingreso básico universal como presupuesto de una justicia distributiva (2001); y autores como Catherine Mackinnon o Joan Williams, desde el feminismo radical (1999).

Amartya Sen defiende la redistribución de recursos y analiza con especial detalle el tema de la renta, con la idea de garantizar ciertos

niveles de bienestar. Según su parecer, el ejercicio de las libertades y de las oportunidades efectivas para la realización del individuo está condicionado por circunstancias particulares como el sexo, la edad, las aptitudes físicas o de ambiente social e histórico, que demandan políticas redistributivas más allá de la renta: "En estas circunstancias, una concepción exclusiva en las desigualdades de la distribución del ingreso no puede ser adecuada para el entendimiento de la desigualdad económica" (Sen, p.34). Precisamente allí entrarían en juego las acciones afirmativas. De hecho, aunque buena parte de sus análisis está centrado en el tema de la distribución del ingreso, lo cierto es que sus estudios giran en torno a las políticas redistributivas de bienes y servicios en toda la sociedad.

Los partidarios de las acciones afirmativas consideran entonces que la intervención por esta vía en aras de la igualdad material es legítima sin importar de donde provenga: del órgano de deliberación política y democrática -el Congreso-, de la Administración Pública, de los particulares o de los jueces en la resolución de las controversias planteadas. Así, el activismo judicial sería legítimo para suplir la inactividad de otros órganos del Estado, siempre y cuando tuviera como objetivo superar barreras históricas de exclusión, no sólo con el reconocimiento de derechos subjetivos sino también amparando intereses de grupos discriminados.

En el derecho anglosajón este activismo puede expresarse de dos formas: (i) mediante los "remedies", esto es, cuando los jueces imponen sanciones en casos de discriminación y ordenan implementar programas de acción afirmativa, ó, (ii) mediante la doctrina del "disparate impact" (impacto desigual), en cuyo caso se exige demostrar que ciertas conductas no tienen objetivos discriminatorios -hay una especie de inversión de la carga de prueba, por

ejemplo en asuntos laborales hacia el empleador)- (Giménez Gluck, p.97). Por su parte, en los modelos de derecho continental el activismo judicial se refleja especialmente con las sentencias aditivas e integradoras, aún cuando para el caso de las acciones afirmativas el asunto ha tenido un desarrollo más bien precario.

Las políticas distributivas se explican así como una forma de garantizar la igualdad de oportunidades ante cargas históricas de discriminación. Pero el problema surge cuando los afectados con una medida no han tenido nada que ver en la creación de esas desigualdades; y precisamente ahí radica uno de los más serios cuestionamientos a las acciones afirmativas.

2.2 Verdadero sentido de la justicia compensatoria.

Ligado al punto anterior, otro de los argumentos en defensa de las acciones afirmativas es el deber moral de compensar a los miembros de grupos tradicionalmente discriminados o marginados. Es la dimensión back-looking o risarcitorie, donde la responsabilidad de generaciones pasadas involucra a generaciones presentes (Sierra Herraiz, p.93) que en el derecho norteamericano aparece ligada al problema del racismo y se justifica al menos por tres razones: (Parek; 1992)

En primer lugar, porque si en el pasado el Estado avaló un sistema esclavista, entonces es responsable por los daños causados y adquiere obligaciones a futuro, pues como persona jurídica el Estado permanece en el tiempo.

En segundo lugar, porque así como las generaciones presentes inciden en el desarrollo de las generaciones futuras, tienen una vinculación respecto a las generaciones

pasadas, "y aunque no son responsables de su actuación, sí que tienen una obligación moral de dar respuesta a los perjuicios que hoy todavía se derivan de la actuación de sus antecesores" (Martín Vida, p.147).

En tercer lugar, porque los blancos americanos aún se benefician de la discriminación pasada contra los negros, pues no sólo no gozan de estigmatización alguna sino que muchos de sus beneficios que hoy existen debido a la usurpación de bienes en el pasado. Además, añaden casi todos, sólo mediante políticas públicas de acción afirmativa puede ponerse fin a la profunda discriminación racial existente³.

Por oposición a la vertiente liberal radical, esta postura ve con buenos ojos la existencia de un compromiso histórico para compensar la discriminación de ciertos grupos. Aquí poco importa si los individuos que fueron víctimas del rechazo son los mismos que integran el grupo al cual se concede el beneficio.

Desde la vertiente feminista, las acciones afirmativas son, además de útiles, necesarias para alcanzar una verdadera igualdad material. Joan Williams, por ejemplo, sostiene que en algunas situaciones "no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as, muchas/os de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres", lo que hace imprescindible las acciones afirmativas (Williams, p.79).

Pero hay también una nueva tendencia a reinterpretar la justicia compensatoria en el sentido de que el fin último de este tipo de medidas consiste en restablecer el equilibrio previo a la situación discriminatoria, es decir,

³ "I conclude that affirmative action should generally be retained as a tool of public policy because, on balance, it is useful in overcoming entrenched racial hierarchy". (Kennedy, p.1328).

reducir un beneficio ilegítimo y atenuar la pérdida sufrida. Dicho en otros términos, eliminar las consecuencias actuales de la discriminación pasada. Según esta postura (Rosenfeld, p.32), lo que se busca es garantizar una verdadera igualdad de oportunidades, no con el propósito de beneficiar a todo un grupo sino para compensar a un individuo a raíz de su pertenencia a éste.

2.3 La trampa de las víctimas inocentes.

Enfrentados al dilema de las "víctimas inocentes", los defensores de las acciones afirmativas opinan que la cuestión de fondo consiste en evitar beneficios injustos antes que asignar responsabilidades. Reconocen que en aras de lograr un objetivo valioso como la igualdad real puede ser necesario sacrificar ciertas expectativas de quienes no pertenecen al grupo favorecido, sin que se trate de medidas discriminatorias -en sentido estricto-, porque no tienden al menosprecio ni desconocen la dignidad de la persona. Algunos incluso niegan que pueda hablarse de "víctimas inocentes", pues, según su parecer, lo cierto es que todos los miembros de un colectivo dominante se benefician de una u otra forma a costa del sacrificio de los derechos de los discriminados (Martín Vida, p.165).

2.4 El factor prospectivo.

Sumado al carácter resarcitorio las acciones afirmativas, también se reivindican como herramientas de proyección social (forward-looking). Como factor prospectivo, dicen los defensores, estimulan la diversidad, un factor especialmente valioso en cualquier comunidad política (Sterba, p.141) Así pues, aunque de forma directa se favorecen sólo unos pocos, promover la igualdad real y la diversidad social

mediante las acciones afirmativas redonda, a juicio de sus promotores, en beneficio de toda la colectividad por tratarse de la realización de intereses de orden público (Sierra Herraiz, p.90).

La Corte Suprema de Estados Unidos se ha referido a ello en varias oportunidades⁴. Unas veces ha destacado la importancia de la pluralidad de experiencias en el ámbito educativo y otras ha reivindicado la diversidad de opiniones en los medios de comunicación, aunque en otras ocasiones ha sido menos generosa. Pero lo cierto es que, además de tratarse de una de las cuestiones más debatidas, el argumento de la diversidad es de dudosa aplicación en otros escenarios (ámbito laboral) y por ello la propia Corte no lo utiliza como última ratio (Giménez Gluck, p.121).

2.5 No se afectan derechos ni criterios relevantes como el mérito.

Los defensores de las acciones afirmativas no aceptan el argumento de que se vulneran derechos subjetivos. En su concepto, sólo existen expectativas de acceso a bienes o servicios escasos y las posibilidades de alcanzarlos apenas disminuyen un poco, pero nunca se anulan. Así, en un concurso para acceder a un empleo todos podrían participar por obtener una plaza, y aún si algunos no pudieran hacerlo lo cierto es que nunca se consolidó en su favor un derecho subjetivo a ese determinado bien. Distinta sería la cuestión, dirían, si una acción afirmativa desconociera derechos adquiridos, como despedir a un trabajador varón para vincular a una mujer o expulsar a un estudiante para que otro ingresara a la Universidad, pero no hay normas de tales dimensiones.

⁴ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 256 (1978) y *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990) y dos recientes casos de la Universidad de Michigan: *Gruter v. Bollinger* -No. 02-241 (2003) y *Gratz v. Bollinger* -No. 02-516 (2003).

En cuanto al respeto de criterios específicos como el "mérito", lo relevante sería comprender el verdadero sentido de la palabra, de manera que se tuviera en cuenta el esfuerzo realizado por sujetos tradicionalmente discriminados (por ejemplo, otorgar una más alta calificación a los logros académicos de los discapacitados, aún si son equivalentes a los de otros aspirantes). Eso sí, dicen los defensores, en todo caso será necesario satisfacer ciertos requisitos, pues las acciones afirmativas no excluyen del cumplimiento de parámetros mínimos para acceder a una plaza o empleo o en general para ser favorecido con una acción afirmativa (Sterba, 261).

Algunos liberales moderados como el profesor Ronald Dworkin, que creen en la eficiencia de las acciones afirmativas, consideran que el mérito y todos los "estándares intelectuales se justifican, no porque favorezcan a los inteligentes, sino porque aparentemente sirven a una práctica social útil" (Dworkin; 1977, p.330). Con esa idea, lo importante no sería el mérito considerado como una aptitud intelectual o académica, sino que los criterios de selección representen un beneficio social, también presente en las acciones afirmativas. Otros, como Nagel, sostienen que aunque el criterio meritocrático suele ser reconocido como útil, no es la única categoría válida porque ella es en sí misma arbitraria (Martín Vida, p.167).

2.6 Falsa minusvalía o discriminación encubierta.

En otra dirección, quienes reivindican la pertinencia de las acciones afirmativas aseguran que ellas no imprimen una condición de minusvalía a sus destinatarios. Por el contrario, aseguran, de lo que se trata es de reconocer una dura realidad y adoptar las medidas pertinentes para solucionar graves

problemas de exclusión. Según su parecer, aún cuando podrían causarse algunos efectos estigmatizadores, la autoestima queda a salvo e incluso se fortalece, porque se trata de una pequeña forma de "justicia social", especialmente valiosa para proveer igualdad en ciertos ámbitos como el laboral (Kennedy, 3113).

Además, entienden, el problema se supera teniendo claro que en el fondo la controversia radica en concebir el mérito desde una nueva perspectiva (Cavanagh, cap.2). Al ponderar el coste de una exclusión pasada y presente con una difusa sensación de lástima o minusvalía, prefieren asumir el riesgo último.

3. Posiciones Intermedias.

Los planteamientos hasta aquí expuestos se acompañan de posiciones que, sin desconocer las virtudes del liberalismo, consideran insuficiente un modelo donde el Estado sea ciego ante los problemas de inequidad o exclusión social. Según ellas, las acciones afirmativas son legítimas para alcanzar niveles mínimos de igualdad que permitan un verdadero desarrollo autónomo del individuo y su participación en diversos escenarios y foros de discusión política.

No obstante, son conscientes de los riesgos que puede tener la utilización excesiva de estos mecanismos para lo cual sugieren, cada uno a su manera, diferentes estrategias para armonizar los principios de igualdad y libertad. A fin de lograr una mayor comprensión de estas tesis creo que pueden dividirse en dos grupos, cada uno de los cuales asume una posición diferente pero que confluyen en autorizar, bajo ciertas condiciones, la presencia de acciones afirmativas. El primero podría denominarse

"liberalismo moderado" y el segundo "instrumentalismo procedimental".

Como veremos en seguida, algunas de estas visiones complementan las críticas o reivindicaciones de las acciones afirmativas y bien podrían haberse expuesto con anterioridad. Sin embargo, he preferido analizarlos de forma independiente por dos razones: en primer lugar para diferenciar las posiciones de estos autores frente a temas claves como la igualdad y la libertad; y, en segundo lugar, porque el diseño del apartado tiene que ver, precisamente, con el debate político que subyace en la defensa o censura de las acciones afirmativas.

3.1 Liberalismo moderado.

Quienes se matriculan en esta corriente prefieren inclinar la balanza a favor del liberalismo frente a la vertiente igualitarista, pero reconocen que una concepción radical podría hacer nugatorio el ejercicio de cualquier derecho. Autores como John Rawls, Ronald Dworkin o Bruce Ackerman se inscriben en este grupo y para ellos sería legítimo acudir a las acciones afirmativas e incluso a las medidas de discriminación inversa con el fin de garantizar unos mínimos que aseguren un verdadero ejercicio de la libertad. La idea de fondo puede reseñarse en el pensamiento de Ackerman, quien destaca la necesidad de acciones afirmativas que viertan un componente de justicia social en el Estado Liberal, puesto que, según sus palabras, "no hay ninguna razón para pensar que la mano invisible nos llevará a la tierra prometida sin ninguna ayuda de nuestra parte" (Ackerman, p.300).

En la visión de John Rawls hay que tener en cuenta los dos principios que orientan su teoría de la justicia:

- (i) En primer lugar, que "cada persona ha de tener derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás", donde se incluyen las denominadas libertades civiles y el derecho de propiedad.
- (ii) En segundo lugar, que las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo que: (a) se espere razonablemente que serán ventajosas para todos y (b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos -principio de diferencia- (Rawls, p.69-70).

En su parecer, sobre esos principios habría acuerdo en una posición original, es decir, en un punto hipotético de partida donde nadie conociera de antemano cuál va a ser su lugar en la sociedad ni los talentos y capacidades naturales que le corresponderán.

Como en su segundo principio Rawls reconoce que hay desigualdades de talento, riqueza y poder (principio de diferencia), introduce la noción de bienes primarios, mediante los cuales espera garantizar un mínimo social y económico disponible a cualquier persona, compensando o reduciendo esas desigualdades (Cortés Rodas, p.24). Los bienes primarios comprenden, según él, los derechos y libertades básicos, la libertad de movimiento y la libre elección de oficio, poderes y prerrogativas de cargos de responsabilidad, la riqueza y las bases sociales del respeto a sí mismo (Hierro, p.86).

Para Rawls, las desigualdades son justas siempre y cuando las mayores expectativas de los más aventajados mejoren las expectativas de los menos aventajados; y la estructura básica es justa cuando las perspectivas de los menos afortunados son tan grandes como se pueda.

En lo relacionado con la distribución de la renta y la riqueza, así como las diferencias de estatus, sólo son justas cuando funcionen en beneficio de los más desafortunados (Martínez Navarro, p.26).

De acuerdo con lo anterior, mientras para los liberales radicales las desigualdades no deben ser corregidas sino aceptadas e incluso estimuladas, en Rawls es necesario intervenir para reducir algunas desventajas de modo que se alcance una verdadera "igualdad de oportunidades" a todos los miembros de la comunidad política, pero sin que el Estado moldee la vida de los ciudadanos. Su idea consiste en corregir las deficiencias de una igualdad "formal" de oportunidades, en procura de una igualdad "real" de oportunidades.

Sin embargo, según su teoría, en caso de haber una tensión entre los dos principios descritos debe preferirse la libertad y dejarse de lado el principio de diferencia, posición que ha sido objeto de severas críticas porque, para algunos, olvida que existen sociedades con fenómenos de alta escasez o de desigualdad extrema y eso hace ambigua su tesis, inexplorada en el caso de sociedades no bien ordenadas.

Bajo este prisma no es equivocado señalar que Rawls es partidario de algunas acciones afirmativas, con la condición de que redunden en beneficio de todos, pero en especial de los menos aventajados, aunque no lo sería tanto de las medidas de discriminación inversa rígidas, como las cuotas laborales o escaños políticos, puesto que ellas no estimulan la igualdad de oportunidades sino la de resultados.

Por su parte, en la teoría de Ronald Dworkin hay que comenzar diciendo que tiene una preferencia por la "igualdad de recursos", lo cual significa una mayor inclinación en defensa de las acciones afirmativas y de las medidas de

discriminación inversa, al menos en lo que tiene que ver con la justicia distributiva en el ámbito económico y de ciertos bienes (Dworkin; 2000, p.75-131):

En primer lugar, considera que la distribución de recursos en forma igualitaria supone aceptar dos cuestiones: (i) la necesidad de toda persona de satisfacer los requerimientos básicos, y, (ii) la escasez de estos recursos. Aún cuando es consciente de que los bienes ya están distribuidos, su doctrina se dirige a plantear la forma como se podrían volver a repartir. Para Dworkin, la prohibición de discriminación por razones de raza o sexo, no significa que no pueda haber una diferenciación fundada en esas categorías, sino que las mismas deberán ser evaluadas por los jueces de acuerdo con las circunstancias temporales de cada caso (Dworkin; 1977, p.331).

En segundo lugar, introduce una distinción entre igualdad como principio e igualdad como derecho. La primera se relaciona con políticas públicas globales, mientras que la igualdad como derecho supone un componente subjetivo de titularidad.

En tercer lugar, entiende que el derecho a la igualdad comprende dos elementos: el derecho fundamental a ser tratado como igual y el derecho derivado a igual tratamiento. El primero "no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera"; el derecho a igual tratamiento, por su parte, es el "derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas". Dworkin ilustra el alcance del derecho a ser tratado como igual con el siguiente ejemplo: "Si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión

de cuál ha de recibir la última dosis de medicina" (1977, p.331).

Lo relevante del derecho a la igualdad no es que haya un tratamiento igual, sino que toda persona tiene el derecho a que sus intereses sean valorados con la misma seriedad que los de cualquier otro. Y para justificar una acción afirmativa, habrá que analizar, según Dworkin, que "el beneficio global para la comunidad exceda a la pérdida global, y si ninguna otra política produjera, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable". Presenta entonces el caso de tratamientos preferenciales para el ingreso a la universidad a favor de minorías raciales y concluye que son legítimas por cuanto "se puede suponer, razonablemente, que una política preferencial para los solicitantes de grupos minoritarios beneficiará a la comunidad como tal, incluso teniendo en cuenta la pérdida de candidatos (...)".

Queda claro que Dworkin reconoce una primacía de un interés general a costa del sacrificio de un derecho individual, pero no lo hace desde la perspectiva utilitarista clásica de Bentham, sino mediante la comparación con otros medios y su ponderación frente a los beneficios obtenidos para alcanzar una sociedad ideal o más justa que mejore el bienestar promedio; no a partir de una valoración cuantitativa sino cualitativa. En este sentido, reconoce el evidente riesgo de los "beneficios globales", y advierte que en ciertos casos una política determinada puede vulnerar el derecho a ser tratado como igual (fundamental), aún si los beneficios compensaran con creces las pérdidas. Por ello, entiende que los argumentos válidos no son los del tipo utilitarista sino del tipo idealista, entendiendo por éstos aquellos orientados a una sociedad más justa o más equitativa.

Ligado a lo anterior, advierte sobre la distinción entre preferencias personales y preferencias externas: "Las preferencias de un individuo por las consecuencias de una política determinada pueden verse, tras un análisis detallado, como un reflejo de una preferencia personal por disfrutar de ciertos bienes u oportunidades, o como una preferencia externa por la asignación de bienes u oportunidades a otros, o como ambas cosas" (Dworkin; 1977, p.343).

Lo verdaderamente relevante para justificar las acciones afirmativas no es su reconocimiento como una preferencia externa (tiranía de la mayoría) sino como expresión de las preferencias personales, pues con ello se reflejará el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales. Ello implica recordar que para la solución de los casos difíciles Dworkin propone que el juez (Hércules) acuda al sopesamiento o balanceo de los principios que entren en conflicto ante la insuficiencia de las reglas y la indeterminación de los valores o directrices políticas.

Desde que escribió su artículo sobre la discriminación inversa en 1974, que luego sería un capítulo de su libro "Los Derechos en serio" (1977), Dworkin siempre tuvo una gran preocupación acerca de si las acciones afirmativas realmente servían para alcanzar los objetivos que se planteaban, pues buena parte de las críticas radicaban en los efectos perversos de estas medidas. Debió esperar cierto tiempo pero su inquietud se disipó cuando fue publicado un informe sobre los efectos de las medidas de discriminación positiva que se aplicaron en favor de los negros en las principales universidades norteamericanas durante casi treinta años.

El estudio fue dirigido por dos prestigiosos ex rectores de las Universidades de Princeton y

Harvard⁵, y Dworkin no dejó escapar la oportunidad para hacer referencia a él y fortalecer su posición en defensa de las acciones afirmativas. Aunque reconoce las limitaciones del informe, destaca que la conclusión general es el éxito de las políticas de acción afirmativa bajo la idea de alcanzar objetivos importantes para todos; subraya la idoneidad académica de los estudiantes negros admitidos, el incremento en sus ingresos, las proyecciones de inclusión, liderazgo social y el amplio respaldo de las medidas entre los alumnos y egresados que fueron favorecidos (Dworkin; 2000, p.420-447).

Ubicado en el escenario de la "feroz lucha" por las plazas universitarias, Dworkin considera que el procedimiento de selección debe tener en cuenta, en primer término, las expectativas y objetivos de la institución, antes que premiar logros del pasado de los aspirantes. Según sus palabras, las autoridades universitarias "no deberían otorgar plazas como premios por los logros o esfuerzos pasados, o como medallas por los talentos o virtudes inherentes: su deber es procurar elegir un cuerpo de estudiantes cuyos integrantes hagan, en conjunto, la mayor contribución futura para los fines legítimos definidos por la institución". (Dworkin; 2000, p.439).

En este sentido, precisa que el desarrollo del conocimiento no es el único fin de un centro educativo, pues dentro de un marco relativamente amplio tiene autonomía para definir las estrategias que estime convenientes, lo cual explica la valoración de otros criterios, no necesariamente intelectuales (aptitudes físicas, motivación, familiares egresados de la institución, origen geográfico), para seleccionar a los aspirantes. Poco se dice, sin embargo, sobre los elevados costos que supone el ingreso en instituciones de alto nivel intelectual y las posibilidades reales de ingreso para quienes a

pesar de sus excelentes capacidades intelectuales afrontan dificultades económicas.

Al margen de la discusión específica sobre las plazas universitarias, lo cierto es que entre las acciones afirmativas que Dworkin respalda, sólo están incluidas aquellas que permiten tener en cuenta la raza (o cualquier otro factor) como un criterio de valoración relevante, pero nunca como el único y definitivo, puesto que de lo contrario no se juzgaría a los aspirantes como individuos sino como miembros de un grupo. En este sentido es clara su preferencia por las medidas flexibles, mientras que sobre las cuotas rígidas considera que son "formas de discriminación positiva tempranas y relativamente poco refinadas", superadas en los actuales procesos de selección universitarios, donde "nadie resulta aceptado o excluido simplemente en virtud de la raza". Además, advierte, estas medidas no se justifican porque una raza tenga una deuda con otra para compensar un daño histórico, porque su objetivo no es el de mirar al pasado sino proyectarse de cara al futuro.

Para Dworkin el derecho a la igualdad (más exactamente la cláusula de igual protección prevista en la decimocuarta enmienda a la Constitución), no se vulnera cuando en el debate político se prefieren unos intereses a otros, por cuanto ello es fruto de la deliberación en toda comunidad política. Pero sí se afecta cuando la derrota responde a estereotipos que tienden a causar perjuicio a ciertos sujetos: los que se encuentran en una posición desventajosa.

En síntesis, aunque en Rawls y Dworkin hay profundas diferencias, ambos coinciden en señalar que los talentos, como fruto de la naturaleza y producto de su arbitrio, no son legítimos títulos para adquirir bienes o servicios, y en que es ahí donde debe intervenir

⁵ "The shape of the River: Long-term consequences of considering race in College and University Admissions". Fue Elaborado por William G. Bowen y Derek Bok, y publicado por la Universidad de Princeton en 1998.

con especial importancia el Estado a través de las acciones afirmativas.

Desde otra perspectiva, Bruce Ackerman reconoce que un gobierno liberal debe ser crítico y rechazar la explotación en cualquiera de sus manifestaciones, aunque acepta que la explotación puede tener origen en desventajas difícilmente comparables. Por ejemplo, si "A" tiene una menor educación frente a "B", pero una mayor riqueza material, no es fácil delimitar cuáles son los esfuerzos y sacrificios que de cada uno de ellos debe exigir el gobernante para minimizar esa explotación, al igual que ocurriría con una persona disminuida físicamente, o con alguien excluido por su condición racial.

En Ackerman surge entonces un problema de "agregación y explotación", para determinar los sacrificios ante la dificultad para comparar distintos bienes. Por ello introduce la teoría del "esfuerzo de la compensación", que divide en sentido negativo y positivo. En la primera perspectiva, el Gobernante deberá adoptar los mecanismos para que una desventaja "no sea exacerbada por el tratamiento que se les da en otros dominios del poder". En la segunda, que corresponde a las acciones afirmativas como han sido descritas en este trabajo, obrará de tal manera que compense o equilibre la situación de los explotados: "Como sus contrapartes negativas, la acción afirmativa engendrará innumerables debates de buena fe cuando se arribe a la cuestión de implementación. De todas maneras, la existencia de estos debates no debería desacreditar a la acción afirmativa más de lo que la controversia y la claridad desacreditan a la compensación negativa" (Ackerman, 284).

Dicho en otros términos, Ackerman propone un proceso para eliminar la explotación (si se quiere la discriminación), en dos fases, una

negativa y otra positiva. Pero el propio autor es consciente de los riesgos que suponen las acciones afirmativas y plantea algunos límites como el sacrificio igual, la necesidad de evidencia empírica y de un procedimiento dialógico entre gobernante y gobernados, que atempere los riesgos del liberalismo radical y del socialismo radicales. (Ackerman, 301).

3.2 Instrumentalismo procedimental.

Para cerrar el esquema propuesto, es oportuno hacer referencia a la visión procedimental de la justicia y del Derecho, donde autores como John Hart Ely (1980), Jürgen Habermas (1998) o Robert Alexy (1978), consideran válidas las acciones afirmativas aunque manejan enfoques distintos.

Según John Hart Ely, destacado jurista norteamericano, el control constitucional debe estar enfocado particularmente en dos sentidos: (i) para mantener abiertos los canales de discusión y deliberación democrática, y, (ii) para proteger a las minorías (Ely, p.167). Con ese norte, no es difícil concluir cómo el autor ve en las medidas de discriminación inversa una forma de protección a las minorías que simultáneamente garantiza su participación en la deliberación política.

Desde la perspectiva de Ely, si bien es cierto que la discriminación inversa plantea un problema ético complejo, porque implica la exclusión de quien no pertenece a un determinado grupo, no necesariamente ello se traduce en un problema constitucional de la misma complejidad. Para llegar a esa conclusión, considera que siendo las mayorías quienes adoptan una medida en favor de grupos minoritarios, se desvanece el carácter sospechoso del criterio de diferenciación, es decir, la presunción discriminatoria, pues es menos cuestionable dar que recibir, aún cuando

en todo caso se deberá estar siempre muy atento. Si en un debate democrático las mayorías políticas deciden conceder ciertos beneficios a las minorías (con acciones afirmativas), sus medidas no deben someterse, diría el autor, a un control severo de constitucionalidad.

Sin embargo, el propio autor reconoce que en las acciones afirmativas pueden encubrirse propósitos oscuros que lejos de beneficiar a las minorías políticas las afectan aún más. Según él, "no hay nada constitucionalmente sospechoso en el que una mayoría discrimine en contra de sí misma, pero nunca debemos bajar la guardia en el caso de que algo que pasa por un hecho semejante sea en realidad otra cosa" (Ely, p.206). Será en el ámbito del control constitucional donde, a juicio del autor, no se debe bajar esa guardia, pero no es muy claro en precisar si de acuerdo con los parámetros de un juicio riguroso, o atendiendo los criterios de los juicios moderados o flexibles de igualdad.

La Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo en el caso *Carolene Products* (304 U.S. 144, 1938), que la falta de poder político en la toma de decisiones es lo que justifica la especial protección de las minorías. Pero hay ámbitos de deliberación política donde las minorías se convierten en mayoría y hacen que las acciones afirmativas resulten aún más problemáticas. Ello ocurrió, por ejemplo, en el caso *Richmond* (EEUU), donde el Concejo municipal de esa ciudad adoptó una medida de discriminación inversa que favorecía a los negros en el proceso de contratación con el Estado, con el argumento de favorecer la integración y compensar injusticias pasadas. Lo extraño fue que cinco (5) de los nueve (9) escaños eran ocupados por personas de raza negra⁶. Una minoría racial se convertía entonces en mayoría política y

adoptaba medidas para obtener un provecho indirecto que no dejaba de ser cuestionable.

De otro lado, la posición del profesor alemán Jürgen Habermas es mucho más compleja cuando se compara con la de otros autores como Rawls⁷. En cuanto ahora nos interesa, podríamos señalar que en su preferencia hacia la democracia deliberativa otorga especial importancia a un discurso racional mediante la acción comunicativa. Ese procedimiento discursivo comprende algunos elementos fundamentales: imparcialidad, igualdad, apertura a todos, ausencia de coerción y unanimidad.

Como en su discurso un elemento clave consiste en la posibilidad de participación para todos, Habermas parece aceptar la validez de las acciones afirmativas en el escenario democrático, para que las minorías o los grupos tradicionalmente excluidos se hagan verdaderamente partícipes en el proceso discursivo, lo cual guarda cierta similitud con la propuesta de Ely.

Pero sólo aquellas acciones afirmativas que sean fruto de un verdadero debate democrático podrán ser aceptadas como legítimas por la vía de la legalidad (control constitucional). Recordemos que una cuestión capital en su teoría es el "principio de discurso", según el cual "válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales" (Habermas, p.172). De esta manera, avala la existencia de acciones afirmativas siempre y cuando sean producto de la deliberación racional. Lo importante, a su parecer, no sería la presencia o no de estas medidas, sino el procedimiento y la forma como surgen en el mundo del Derecho, "pues la idea

⁶ *City of Richmond v. J.A. Croson Company*, 488 U.S. 469 (1988).

⁷ "Si la obra de Rawls no deja de acoger una gran ambición, la habermasiana roza ya los límites de lo titánico". (Vallespín, p.28).

de autolegislación del ciudadano exige que aquellos que están sometidos al derecho como destinatarios suyos, puedan entenderse a la vez como autores del derecho", con lo cual rechaza tratamientos paternalistas. La igualdad que importa a este autor, como derecho fundamental, no es otra que la igualdad de oportunidades, para participar en los procesos de toma de decisiones como expresión de la autonomía política de los ciudadanos.

Habermas estudia con algún detalle la cuestión feminista y las medidas de discriminación inversa en ese contexto, y concluye que, en el evento de ser utilizadas, no deben desarrollarse de forma aislada ni suponer que la mera regulación normativa es suficiente para superar barreras históricas de discriminación. Según su criterio, deben ser las propias mujeres quienes decidan, en la arena política, cuál será su destino. (Habermas, p.504). De hecho, adelante advierte sobre las graves consecuencias que en algunos casos han tenido las políticas de acción afirmativa promovidas, paradójicamente, por feministas radicales, refiriéndose en concreto a las medidas de protección a la mujer en el ámbito laboral y su cuestionable eficacia práctica.

Finalmente, la dogmática elaborada por Robert Alexy, tiene que ver más con la corrección a las decisiones judiciales que con la presencia misma de acciones afirmativas. En el ámbito de los derechos fundamentales, privilegia la igualdad de trato (igualdad de jure) frente a la igualdad sustantiva o material (igualdad de hecho). Pero como su método está basado en la ponderación y el balanceo a partir del principio de proporcionalidad, acepta la adopción de algunas medidas, siempre y cuando pueda demostrarse argumentativamente su pertinencia: "A favor de la igualdad de jure existe una carga de argumentación; a favor de la igualdad de hecho, no. Por lo tanto, la

creación de una diferenciación que sirva para la igualdad de hecho está ordenada sólo si para este mandato pueden aducirse razones suficientes" (Alexy, p.407).

Ese criterio de prevalencia prima facie de la igualdad normativa o de trato supone entonces que deberá adelantarse un riguroso juicio de proporcionalidad, de manera que solamente pueda inclinarse la balanza hacia el lado de las acciones afirmativas, en particular de las medidas de discriminación inversa, cuando existan razones verdaderamente poderosas que justifiquen la ruptura de una igualdad de trato en beneficio de ciertos grupos.

4. Algunas conclusiones en perspectiva constitucional

Según fue explicado líneas atrás, la aceptación o rechazo de las acciones afirmativas depende en buena medida de la concepción política del Estado y de su papel como regulador de las relaciones humanas. Mientras sus detractores se enmarcan en una óptica que estimula al individuo y su desarrollo personal, sus defensores invocan una visión social activa del Estado. Todos, sin embargo, son partidarios de la igualdad.

El modelo de estado social y democrático de derecho acogido por el Constituyente de 1991, reconoce la vigencia de las acciones afirmativas. El debate sobre su constitucionalidad, en términos abstractos, está zanjado, pues su legitimidad fue expresamente reconocida en el artículo 13 de la Carta Política. Nos guste o no, las acciones afirmativas están reconocidas y han sido concebidas como un mecanismo para buscar la igualdad material, aún a costa de la ruptura de la igualdad formal y de la restricción de otros derechos y libertades.

Sin embargo, lo anterior no se traduce en que cualquier tipo de acción afirmativa sea constitucionalmente válida, ya que ninguna medida es extraña al control judicial. No podemos olvidar que la idea de igualdad supone, por paradójico que parezca, el reconocimiento de su contrario, la diferencia. El Derecho no está concebido para lograr la identidad, imposible incluso desde la esfera ontológica, sino con la idea de determinar cuáles diferencias son válidas (conceptos plenamente aplicables en el ámbito de las acciones afirmativas, que por su naturaleza suponen tratamientos diferenciales). De esta manera, la controversia no se aborda desde la óptica de las similitudes exigibles, sino de las diferencias legítimas.

Desde hace mucho tiempo está claro que la delgada línea que divide la política de la justicia constitucional se hace aún más tenue cuando están de por medio tratamientos diferenciales⁸, que suponen una distribución forzada de bienes y servicios o disminuyen el sentido de la libertad y la autonomía individual. Por ello, la gran mayoría de los argumentos en defensa y en contra de las acciones afirmativas, que hasta aquí han sido reseñados, si no todos, se dan cita para resolver los debates sobre su constitucionalidad.

Si a lo anterior se suma que la igualdad es, como lo recuerda el profesor Rubio Llorente, "el foco de la tensión entre el legislador y el juez, entre política y Derecho, y es en consecuencia su aplicación la que más frecuentemente suscita acusaciones de activismo judicial o abdicación del juez ante la arbitrariedad del Legislador" (Rubio Llorente, p.631), el riesgo de usurpación de atribuciones del Legislador por parte de los jueces se convierte en el otro gran dilema al que se enfrenta el derecho constitucional. Todo

ello es aún más claro en las acciones afirmativas, cuya configuración corresponde originalmente al Congreso, aunque le confiere un amplio margen de apreciación porque no hay una regla constitucional directamente aplicable.

Las acciones afirmativas disminuyen el efecto expansivo de la igualdad en sentido formal, llegando incluso a enfrentarse con el mandato antidiscriminatorio. Si bien es cierto que la discriminación supone menosprecio o tratamientos peyorativos, ausentes en las acciones afirmativas (al menos en principio), también lo es que el hecho de adoptar tratamientos diferenciales, casi siempre teniendo en cuenta criterios sospechosos, plantea serias dudas sobre su legitimidad constitucional.

Además, las acciones afirmativas restringen las posibilidades de acceso a determinados bienes y servicios, y con ello suponen una mengua de la autonomía individual que también está protegida constitucionalmente. Surge entonces una tensión entre "libertad" e "igualdad", de tal magnitud que roza los límites de la filosofía política, pero que, según vimos, gira en torno al sentido mismo de la igualdad y más exactamente qué tan igual u homogénea queremos nuestra sociedad.

Las acciones afirmativas están asociadas a la idea de igualdad sustantiva o material; suponen una inevitable ruptura de la igualdad en su dimensión formal, y es ahí donde radica la gran dificultad para definir su validez constitucional. Por eso, la tarea consiste en profundizar en cada uno de los elementos teóricos, manteniendo los aciertos pero valorando las debilidades y especialmente los peligros implícitos en esta clase de medidas. El profesor Alfonso Ruíz

⁸ El propio Aristóteles, por ejemplo, decía: "De qué cosas hay igualdad y de cuáles desigualdad es cuestión que no debe echarse al olvido, pues encierra alguna dificultad e implica filosofía política".

Miguel, un defensor de las acciones afirmativas, reconoce sus riesgos cuando señala:

"La discriminación inversa, aún siendo justa, puede suscitar efectos sociales negativos que sería necio desconsiderar con el kantiano fiat iustitia et ruta caelum: las reacciones de agravio comparativo, la posible reestigmatización social de las personamente discriminadas (entró por cuotas, pero no vale nada) y otras objeciones semejantes, que no han de apartarse acriticamente sino que han de contrastarse sociológicamente, pueden constituir serios obstáculos de hecho a la extensión de las medidas de discriminación inversa que han de valorarse políticamente." (Ruíz, p.132).

No en vano el famoso juez norteamericano Louis Brandeis advirtió hace bastante tiempo que "los mayores peligros para la libertad se esconden en la insidiosa usurpación que llevan a cabo hombres bienintencionados, pero celosos de exceso, y de escasas luces". En mi caso, soy muy escéptico y carezco de fe. Triste sería ver como las medidas de discriminación inversa no se convierten en factor de cohesión social sino de ruptura, ante la exaltación de sentimientos de inferioridad y de falsa compasión de la mayoría.

¿Hasta dónde está permitido entonces disminuir la igualdad formal para potenciar la igualdad material? Esa es la pregunta clave a la que debemos seguir tratando de encontrar alguna respuesta.

Bibliografía

ABRAM, Morris, "Affirmative action: fair shakers and social engineers". En: "Harvard Law Review", vol. 99, 1986.

ACKERMAN, Bruce, "Social Justice in the liberal state". Traducción de Carlos Rosenkrantz, "La Justicia Social en el Estado Liberal". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert, "Theorie der Grundrechte". Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1978. Traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BONILLA, Daniel y JARAMILLO, Isabel Cristina: "El igualitarsimo liberal de Dworkin". Estudio preliminar a "La Comunidad Liberal" (Ronald Dworkin). Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1996.

CAVANAGH, Matt, "Against Equality of Opportunity". Oxford, University Press, 2002.
COHEN, Paul and STERBA, James, "Affirmative action and racial preference". Oxford, University Press, 2003.

CORTÉS RODAS, Francisco, "De la política de la libertad a la política de la igualdad". Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de Antioquia, 1999.

DIETERLEN, Paulette, "Algunas consideraciones acerca de la justicia distributiva. ¿Es mejor una buena sopa que las palabras bellas?". En: "ISONOMÍA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho", No.2. Alicante, Universidad de Alicante, 1999.

DWORKIN, Ronald, "Taking Rights Seriously". Cambridge, Harvard University Press, 1977. Traducción al castellano: "Los Derechos en serio". Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

---. "Sovereign Virtue. The theory and practice of equality". Cambridge-Harvard University Press, 2000. Traducción al castellano de

- Fernando Aguilar y María Julia Bertomeu, "Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad". Barcelona, Paidós, 2003.
- ELY, John Hart, "Democracy and distrust. A theory of judicial review". Harvard University Press, 1980. Traducción de Magdalena Holguín, "Democracia y desconfianza". Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997.
- FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, "La libertad de elegir". Traducción de Carlos Rocha Pujol, Ediciones Grijalbo, 1988.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, "Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa". Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, "Facticidad y Validez". Traducción al castellano de Manuel Jiménez Redondo. Valladolid, Trotta, 1998.
- HAYEK, Friederich, "Los fundamentos de la Libertad". Traducción de José-Vicente Torrente. Valencia, Ediciones Fomento de Cultura, 1961.
- HIERRO, Liborio, "Justicia, igualdad y eficiencia". Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- KENNEDY, Randall, "Persuasion and distrust: a comment on the affirmative action debate". En: "Harvard Law Review", vol. 99, 1986.
- LOCKE, John, "Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil". Traducción de Francisco Jiménez. Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- MARTIN VIDA, María Ángeles, "Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva". Madrid, Civitas, 2002.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio, "Solidaridad Liberal. La propuesta de John Rawls". Granada, Comares, 1999.
- NOZICK, Robert, "Anarquía, Estado y Utopía". Traducción de Rolando Tamayo. México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- O'DONOVAN, Catherine, "Affirmative action". En: "Equality and discrimination". GUEST, Stephen and MILNE, Alan (ed.), Stuttgart, 1985.
- PAPACHINI, Angelo, "Los derechos humanos, un desafío a la violencia". Bogotá, Altamira ediciones, 1997.
- PAREK, Bhikhu, "A case for positive discrimination". En: "Discrimination: the limits of law". HEPPLER, Bob y SZYSCZACK, Erika (eds.), London, Mansell, 1992.
- RAWLS, John, "Teoría de la Justicia" (1971). México, Fondo de Cultura Económico, 1997.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "La discriminación positiva de mujeres". En: "Revista Española de Derecho Constitucional", No.47, 1996.
- RODRIGUEZ, César "Teoría Jurídica y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin". En: "La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin". Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1997.
- ROSENFELD, Michael, "Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry". Yale, University Press, 1999.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "La forma del poder". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso, "La Discriminación Inversa y el caso Kalanck". En: "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", No.19.

Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, 1996.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad". En: "El concepto de igualdad".

VALCÁRCEL, Amelia (compiladora). Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.

SEN, Amartya, "La desigualdad Económica". México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

SIERRA HERNÁIZ, Elisa, "Acción positiva y empleo de la mujer". Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.

SMITH, Adam, "La riqueza de las naciones" (1776). Madrid, Aguilar, Traducción castellana de 1961.

THERELFALL, Mónica, "Los límites de las políticas de igualdad en las sociedades satisfechas". En: "El concepto de igualdad".

VALCÁRCEL, Amelia (compiladora). Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.

THURLOW, Lester, "A theory of groups and economic redistribution". En: "Philosophy and Public Affaire", vol.9, 1975.

VALLESPÍN, Fernando, "Debate sobre el liberalismo político de Jürgen Habermas/ John Rawls" (Introducción). Barcelona, Paidós, 1998.

VAN PARIJS, Philippe, "Más allá de la solidaridad, los fundamentos éticos del estado de bienestar y su superación". En: "Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales". Manuel Alberto Alonso y Jorge Giraldo Ramírez (editores). España, Escuela Nacional Sindical, 2001.

WILLIAMS, Joan, "Igualdad sin discriminación". En: "Género y Derecho", FACIO, Alda y FRIES, Lorena (editoras). Santiago de Chile, American University, Washington Collage of Law y LOM, ediciones Concha y Toro, 1999.