

LA CONQUISTA DE LA IGUALDAD Y LAS ACCIONES AFIRMATIVAS: DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD SUSTANCIAL*

Marta Postigo
Universidad de Málaga

RESUMEN

Tras la Segunda Guerra Mundial, la palabra «igualdad» adquiere el nuevo significado de «no-discriminación». La revolución de los derechos de las minorías brinda nuevos retos a la ciudadanía. El reconocimiento de iguales derechos para las minorías en la esfera pública y en el mercado de trabajo entraña la búsqueda de nuevas condiciones políticas y de acciones públicas que permitan acomodar sus demandas. Las medidas de acción afirmativa fueron concebidas para lograr la igualdad real, pero se recibieron con sospecha precisamente porque la articulación entre los principios de igualdad y de diferencia presenta controversias. Para arrojar luz a este debate, resulta útil diferenciar dos significados de igualdad: formal y sustancial, y analizar cuidadosamente la noción de imparcialidad.

PALABRAS CLAVE: Acción afirmativa, igualdad, discriminación, imparcialidad.

ABSTRACT

After World War Two, the word «equality» gets a new meaning as «no-discrimination», as the minority rights revolution poses new challenges to citizenship. The recognition of equal rights to minorities both in the public sphere and in the labor market entails a search for new political conditions and public policies to accommodate them. Affirmative action policies were thought to produce real equality, although they were received with suspicion, since the articulation of equality and difference seemed controversial. To shed some light on the issue, it is useful both to differentiate between two meanings of equality: formal and substantial ones, and to carefully analyze the notion of impartiality.

KEY WORDS: Affirmative action, discrimination, equality, impartiality.

0. INTRODUCCIÓN: IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD SUSTANCIAL

La puesta en marcha de las acciones afirmativas a partir de los años sesenta en los EEUU, y más tarde en Europa, trae consigo una nueva forma de entender la igualdad.



Las acciones afirmativas plantean retos a la noción de igualdad: implican ir más allá de su reconocimiento formal para incorporar acciones tendentes a compensar las desventajas que se producen por pertenecer a un determinado sexo, raza y nacionalidad. Esta compensación puede entrañar algún tipo de discriminación positiva para favorecer a los grupos menos favorecidos por motivos ajenos a sus responsabilidades.

La noción de discriminación puede ser interpretada de varias formas. No en todos los casos supone una valoración negativa o descalificativa de los demás, pues hay discriminaciones positivas recomendables para compensar una situación de desequilibrio. Por ello, pueden distinguirse dos significados: uno positivo y otro negativo (la última forma de discriminación está prohibida por los ordenamientos jurídicos igualitarios; la primera, en cambio, es necesaria para lograr igualdad de oportunidades).

Las medidas de acción afirmativa y de discriminación inversa han sido objeto de controversias jurídicas a ambos lados del Atlántico; dichas controversias ponen de manifiesto la falta de consenso que ha existido durante los últimos años en relación a las medidas diferenciadoras en función de grupos que tratan de hacer extensible el principio de igualdad. Los defensores de la acción afirmativa consideran que éstas son un complemento necesario del derecho fundamental de igualdad y de no discriminación para lograr su realización práctica. Sus detractores, en cambio, ponen en duda que una medida basada en el sexo, la raza u otra circunstancia (física o psíquica) tenga lugar en un marco jurídico igualitario que ignora las diferencias entre las personas.

Para comprender mejor la naturaleza de dicha polémica, es recomendable distinguir dos tipos de igualdad:

- Igualdad formal: relacionada con los principios liberales individuales, neutrales en cuanto a las diferencias, y a la prohibición de cualquier forma de discriminación por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad o lengua.
- Igualdad sustancial: tiene por objetivo la realización práctica de ésta a través de acciones específicas para quienes no están en la misma situación de ventaja. Puede entrañar un tipo de discriminación temporal para compensar hábitos y prácticas desventajosas para personas de un determinado sexo, raza, nacionalidad o circunstancia física y psíquica, e incrementar con ello la presencia de dichas personas en las instituciones públicas donde aquélla es minoritaria. Su finalidad, por tanto, es la realización práctica de los principios de igualdad y de no discriminación garantizados en las constituciones liberales.

* Una primera versión de este trabajo se presentó en las «XII Jornadas de Filosofía: Igualdad y Género. Reflexiones desde la ética y la política», que tuvieron lugar en la Universidad de Valladolid los días 21, 22 y 23 de octubre de 2003, organizadas por el Departamento de Filosofía.

La distinción entre la igualdad formal y la igualdad sustancial está presente en numerosos trabajos y ha sido explícitamente formulada por el abogado general del «caso Kalanke», el Sr. Tesauero, en sus Conclusiones Generales de 6 de abril de 1995 (ver Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de octubre de 1995, asunto C-450/93,) quien distingue (punto 16):

- Igualdad formal: se refiere a la igualdad entre los individuos, que prohíbe basar las diferencias de trato en factores diferenciadores como el sexo, raza, cultura.
- Igualdad sustancial: remite a un concepto positivo que se basa en la pertinencia de factores diferenciadores para legitimar un derecho desigual, empleado como instrumento de consecución de la igualdad.

En las páginas que siguen, pongo de manifiesto las implicaciones que tienen las acciones afirmativas para el concepto de igualdad. Con este fin, llevo a cabo un breve análisis histórico de la conquista de la igualdad ciudadana y la inclusión de colectivos ausentes de la misma. Tras ello, destaco el carácter integrador de las acciones afirmativas. Y, por último, analizo el principio de imparcialidad.

Si por imparcialidad se entiende un trato igualitario a las personas en relación a principios universales, es preciso considerar la influencia que las diferentes circunstancias pueden ejercer en los logros individuales. La imparcialidad que no toma en cuenta las diferentes circunstancias de las personas entraña, paradójicamente, la parcialidad en beneficio de quienes están en situación de ventaja.

El modelo liberal de *laissez faire*, tal y como se ha concebido, permite graves desigualdades e injusticias sociales. Quienes no están en igualdad de condiciones para lograr sus objetivos pueden verse apartados de las oportunidades vitales. Por ello, tal y como destacan autores liberales contemporáneos como Rawls, Roemer y Dworkin, sería recomendable tener en cuenta las circunstancias no elegidas si deseamos ofrecer una valoración positiva de los méritos individuales.

1. LA CONQUISTA DE LA IGUALDAD

La igualdad es un principio reconocido por la mayoría de los Estados liberales y promovido por varias instituciones internacionales. Sus orígenes jurídicos e institucionales se remontan al siglo XVII. A partir de este momento, los países democráticos liberales incorporan progresivamente en sus constituciones y sus declaraciones de derechos (los que las tienen) la igualdad como principio básico. Dicho principio fundamental fue, básicamente, de carácter liberal, individual y neutral en lo que afecta a las diferencias.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la noción de igualdad adquiere un nuevo significado: «no discriminación». A partir de este momento histórico, la igualdad se asocia a la prohibición de la discriminación basada en la raza, el sexo, la creencia o el origen nacional. Junto a otras figuras relevantes, el presidente Roosevelt tuvo un papel destacado en el impulso de una conciencia internacional en favor de la igual-



dad, que más tarde contribuiría a afianzar el movimiento de los derechos de las minorías durante la década de los sesenta¹.

Cuando surgió la ciudadanía, junto a los derechos civiles, éstos no dieron respuesta suficiente a las demandas de integración social de los diferentes colectivos sociales. T.H. Marshall divide la historia de la ciudadanía en tres etapas (cuyo orden cronológico se ciñe, de forma específica, al caso de Inglaterra): la conquista de los derechos civiles en el siglo XVIII, los derechos políticos en el siglo XIX y los derechos sociales en el siglo XX². No obstante, a pesar de que el autor hace referencia a la exclusión femenina en algunas ocasiones, ésta no ocupa en su ensayo el lugar que merece. Es preciso tener en cuenta el hecho ineludible de que las mujeres, junto a otros grupos sociales, fueron explícitamente excluidas de las libertades y de los derechos que brindó la ciudadanía a los varones blancos. El tránsito de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales no abarca un análisis completo de la historia de la ciudadanía.

La igualdad formal ha demostrado ser un principio insuficiente para responder a demandas sociales a favor del pluralismo y de la cohesión social. La ciudadanía, que se define estrictamente en función de su dimensión formal, queda reducida a mínimos. La igualdad de derechos civiles no permite, en sí misma, responder a las necesidades de cohesión social, de solidaridad y de pluralismo que tan importantes son para la ciudadanía.

Las mujeres, promoviendo el movimiento feminista junto a las movilizaciones abolicionistas de la esclavitud, protestaron y realizaron actos reivindicativos en repetidas ocasiones. No obstante, la inclusión del pluralismo social como un elemento fundamental de la ciudadanía, no tendrá lugar hasta los años sesenta con la revolución de los derechos de las minorías.

A partir de este momento, la conquista por la igualdad adquiere un nuevo matiz. Ya no se trata, únicamente, de incorporar nuevos derechos (sociales y políticos) a la ciudadanía, ni de proclamar la igualdad formal entendida como no-discriminación, sino de modificar las prácticas sociales, los hábitos y las políticas institucionales para favorecer la participación y la presencia real de los diferentes colectivos en las instituciones públicas y en las oportunidades que brinda la sociedad. Los grupos sociales que habían sido excluidos, los no-ciudadanos, debían ser incorporados realmente a la esfera pública. Los iguales derechos que se reconocen a todos los individuos requieren prácticas concretas y aperturas institucionales. Requieren, al fin y al cabo, una implicación de toda la ciudadanía y un ejercicio de tolerancia activa³.

¹ Ver J.D. SKRENTNY, *The Minority Rights Revolution*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2000, pp. 1-66.

² T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*. Londres, Pluto Press, 1992, pp. 8-17.

³ He tomado este término de un concepto interesante propuesto por Teresa López de la Vieja: la «tolerancia como práctica» frente a la «tolerancia formal»; T. LÓPEZ DE LA VIEJA, «Tolerancia y cuotas de representación femenina», *Derechos y libertades*, vol. 2, núm. 5 (1995), pp. 253-261.

El tema de la exclusión de las mujeres puede ser entendido, como hizo Pateman⁴, en función de un doble contrato: sexual y social. No obstante, la inclusión, que es lo que nos interesa, implica una transformación social e institucional, así como una nueva interpretación de la igualdad. Las minorías que reivindican sus derechos durante los años 60 (incluidas las mujeres⁵), exhiben con orgullo sus diferencias reclamando el reconocimiento público de sus rasgos característicos. Las críticas a una ciudadanía homogénea⁶ consolidan una democracia más plural y participativa, pero plantean ciertas controversias éticas y políticas⁷: ¿es suficiente la formulación puramente formal de la igualdad en términos individuales y universales para dar respuesta a las nuevas demandas sociales de integración ciudadana?

El Acta Norteamericana de los Derechos Civiles de 1964 pone en marcha la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (Equal Employment Opportunity Comisión, EEOC) y la Práctica de Empleo Justo (Fair Employment Practices, FEP).

La política de empleo de la EEOC lleva a cabo un programa, Igualdad de Oportunidades en el Empleo-1 (EEO-1, Equal Employment Opportunity 1), con el objetivo de analizar la discriminación sufrida por la comunidad de afro-americanos en Estados Unidos y realiza un recuento literal del número de trabajadores de color en las empresas. Este recuento revela que los afro-americanos están poco representados en la mayor parte de las empresas públicas y privadas de los años sesenta y setenta, por lo que es necesario tomar medidas que obliguen a modificar las políticas de empleo y las prácticas de contratación. Asimismo, este organismo federal recibe quejas de civiles que se sienten discriminados en el trabajo. Ello conduce al gobierno federal a poner en funcionamiento acciones concretas con el fin de que los empresarios contraten mayor número de trabajadores de color cualificados y observen sus prácticas de promoción para estimular el pluralismo⁸.

Si en muchas ocasiones las cuotas no eran una medida exigible directamente, las empresas que no tuvieran entre sus trabajadores un porcentaje determinado de afro-americanos o de mujeres podían recibir una penalización del Estado, especial-

⁴ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*. Cambridge, Polity Press, 1988.

⁵ En relación a la definición de las mujeres como una minoría, hay numerosas opiniones. Es evidente que las mujeres no son una minoría en la sociedad, pero se las puede considerar como tal en relación a su menor presencia en las instituciones públicas y por analogía a la discriminación sufrida por otros grupos, en este caso minoritarios, como son los afroamericanos en los Estados Unidos. Con respecto a esta última consideración, remito, de nuevo, a la obra de J. SKRENTNY, *op. cit.*, pp. 85-143, 230-263, 328-359.

⁶ Para una crítica de la ciudadanía homogénea y universal, ver I.M. YOUNG «Polity and group difference: a critique of the ideal of universal citizenship», en J. EVANS (ed.) *Feminism and Political Theory*. Chicago, The University of Chicago Press, 1994, pp. 117-141.

⁷ J.M. ROSALES, «El coste de la igualdad. Una reflexión sobre la cuestión multicultural», en J. RUBIO CARRACEDO, J.M. ROSALES y M. TOSCAZO (eds.), *Retos pendientes en ética y política*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 47-65.

⁸ J. SKRENTNY, *op. cit.*, pp. 85-143.





mente aquellas adjudicatarias de contratos públicas: «Así era, por supuesto, como las regulaciones afirmativas funcionaban: las firmas no tenían que emplear un determinado porcentaje de minorías, pero el no hacerlo podía ser utilizado en contra suya»⁹.

Más tarde, estas medidas integradoras se extienden a otros colectivos, como las mujeres y los hispanoamericanos. Otros ámbitos institucionales también se vieron afectados por estas políticas de igualdad inter-grupal durante las administraciones de Truman hasta Nixon, como fueron los pequeños empresarios (pertenecientes a minorías) y la admisión en las universidades¹⁰. En Europa se aplicaron, principalmente, a las relaciones de género.

Las políticas afirmativas han planteado un dilema a los principios de igualdad y de no discriminación. La garantía constitucional a la igualdad de trato, a la neutralidad e imparcialidad, entra en contradicción con el hecho de que factores como la raza, la nacionalidad o el sexo sean utilizados como aspectos relevantes en las normas socio-laborales y en las universidades. ¿Cómo ser igual y recibir un trato diferente al mismo tiempo? ¿Cómo compaginar el principio de no-discriminación con las acciones afirmativas a favor de una determinada raza o sexo? ¿Es legítima esta interpretación de la igualdad de oportunidades? ¿Incrementa esto el sentimiento de inferioridad de las minorías y las mujeres en virtud de un trato preferente? No todos los sectores estuvieron de acuerdo en aceptar la consideración positiva de estos rasgos, en virtud de una discriminación histórica, para garantizar una mayor igualdad. No obstante, las demandas crecientes de reconocimiento y de pluralismo social, promovidas por el concepto de igualdad de oportunidades, han modificado el sentido de la igualdad desde la imparcialidad a la aceptación e integración de la diversidad humana.

A partir de 1975 las acciones afirmativas perdieron efectividad en Estados Unidos, en beneficio de una conciencia que presta poca atención a las diferencias (aunque más tarde resucitan en manos de la Administración Clinton)¹¹; puede decirse que «pasaron de moda». Reagan se opuso a un sistema de preferencias señalando: «no debemos permitir que el noble concepto de igualdad de oportunidades sea distorsionado por las guías federales o cuotas que requieren que la raza, la etnia o el sexo, en lugar de la habilidad y cualificación, sean los principales factores de contratación o educación»¹². Como veremos más adelante, los valores de habilidad personal y de mérito han sido elementos centrales en el debate en torno a la igualdad liberal, lanzados a combatir contra las acciones afirmativas.

Dos sentencias especialmente conocidas permiten mostrar la controversia jurídica que la articulación entre la igualdad y la diferencia ha planteado a los jueces y magistrados: el «caso Bakke» en EEUU y el «caso Kalanke» en Europa.

En la famosa sentencia *Regents of University of California v. Bakke*, 98 S. Ct. 2733, 1978, cuatro miembros de Tribunal Supremo (Brennan, White, Marshall, y

⁹ *Ibidem*, p. 256.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 143-179.

¹¹ J.M. ROSALES, *op. cit.*, pp. 47-52.

¹² J. SKRENTNY, *op. cit.*, p. 340.

Blackmun) consideraron legales las acciones afirmativas puestas en marcha por la Universidad de California (Facultad de Medicina de Davis) para favorecer la diversidad en las aulas, en contra de Bakke, quien había reclamado a los tribunales que se le hubiera negado una plaza, tras haber superado en dos ocasiones las pruebas de acceso con excelentes calificaciones, mientras se aplicaban *goals* (puntuaciones extras) y porcentajes (*cuotas*) en favor de las minorías. Otros cuatro miembros del Tribunal (Rehnquist, Burger, Stewart y Stevens) consideraron que el plan era inconstitucional en tanto en cuanto las diferencias de trato basadas en el color están prohibidas en la Enmienda Decimocuarta y el Acta de Derechos Civiles de 1964. El juez Powell dio la sentencia decisiva: consideró que el sistema de cuotas es inconstitucional, pero que la raza podía ser un factor de admisión permisible constitucionalmente y relevante como podían serlo otros factores (ejemplo: tocar un instrumento musical) para favorecer objetivos que la universidad considerara oportunos, como la diversidad¹³. El juez Powell mostró su disconformidad con la expansión de las cuotas como una forma de compensar la discriminación social porque había muchos grupos que podían reclamar estas ayudas. Otros colectivos sufren y han sufrido discriminación y todos están protegidos por la Decimocuarta Enmienda (igual protección ante la ley). ¿Merecen unos más protección que otros? El juez señaló que «la dificultad en variar el nivel de análisis judicial en función de una preferencia percibida de estatus de una raza o una etnia particular es intratable»¹⁴. Pero defendió las acciones afirmativas que contemplan un trato individual que tenga en cuenta la pertenencia a una minoría como cualquier otro aspecto relevante.

En Europa resultó polémica la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de octubre de 1995, «caso Kalanke». El Tribunal declaró incompatible con los principios de igualdad de trato una ley del Estado de Bremen (Alemania) que establecía preferencia por las candidatas femeninas con igual capacitación (o mérito) si en los puestos de grado retributivo superior de la administración pública las mujeres no representaban un 50%. El fallo fue favorable al Sr. Kalanke, quien había recurrido dicha Ley a los tribunales. El Tribunal Federal planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas varias cuestiones pre-judiciales con el fin de analizar si dicha Ley era compatible con la jurisprudencia europea reguladora del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. El último consideró, en relación a la Directiva 76/207/CEE que garantiza la igualdad de trato (apartado 1 artículo 2) y contempla las acciones afirmativas en su apartado 4 del artículo 2, que aquéllas constituyen una excepción a un derecho individual y que, por tanto, han de ser interpretadas restrictivamente. Junto a ello, concluyó que el objetivo de las acciones afirmativas es eliminar los obstáculos que de hecho impiden

¹³ Ver P. SINGER, *Ética práctica*. Rafael Herrera Bonet (trad.), Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 54-64; R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002, pp. 409-427 y J. SKRENTNY, *op. cit.*, pp. 165-179.

¹⁴ J. SKRENTNY, *op. cit.*, p. 175.

a mujeres y hombres lograr las mismas oportunidades, pero en ningún momento tratan de igualar los resultados de personas que han tenido los mismos méritos y, por tanto, las mismas oportunidades (Puntos 21 y 23).

Evidentemente, los miembros del Tribunal y el abogado general, el Sr. Tesouro, no tuvieron en cuenta que las mujeres encuentran obstáculos no solo en el logro de las oportunidades básicas, sino en el acceso a puestos superiores de mayor responsabilidad. Tampoco consideraron que las oportunidades vitales no tienen un límite trazado de forma fija, sino que entrañan acciones en tiempos distintos, diferentes niveles y etapas de la vida. ¿En qué eslabón vital situamos la frontera entre las oportunidades y los resultados?

Las acciones afirmativas, junto a las medidas de discriminación inversa, han sido reguladas jurídicamente en el ámbito internacional y en los Estados nacionales liberales. No obstante, no todos los agentes sociales, ni tampoco todos los políticos, son proclives a poner en marcha estas medidas sociales. Desde la dimensión ética y también jurídica, algunos sectores observan con sospecha la interpretación de la igualdad que tiene en cuenta, positivamente, rasgos diferenciales como el sexo o la raza. Como hemos visto, ciertos jueces consideraron que las acciones afirmativas y la discriminación inversa no son compatibles con los principios fundamentales de no discriminación y de igualdad de trato. Se han decidido por una defensa liberal e individual de la igualdad.

La apelación al mérito y a las habilidades personales se encuentra en el núcleo de esta polémica¹⁵. Hay quienes consideran, desde una perspectiva liberal, que la igualdad consiste en tratar a las personas en proporción a sus méritos individuales. Otros entienden que la consideración al mérito es ambigua y que hay otros criterios relevantes que se deben tener en cuenta. Junto a ello, advierten que las circunstancias influyen en los logros individuales y, por tanto, han de ser corregidas para que la igualdad resida en las oportunidades. Todo ello, como vemos, permite reflexionar en torno al significado que conferimos a la noción de igualdad. Antes de considerar este aspecto, me detendré, brevemente, en otro tema: las acciones afirmativas despiertan hostilidades, bien fundadas, a quienes temen un incremento de las identidades grupales aisladas en perjuicio del universalismo y de la convivencia; no obstante, trataré de mostrar a continuación que ésta no es una consecuencia inevitable de ellas.

2. IGUALDAD Y DIFERENCIA

Una de las críticas que reciben las acciones afirmativas, especialmente la discriminación inversa, es que su aplicación contempla diferencias físicas que los

¹⁵ Véase al respecto I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid, Cátedra, 2000.

ordenamientos jurídicos tratan de ignorar en virtud de la igualdad y alientan las hostilidades sociales.

Las acciones afirmativas que están orientadas a la integración social fomentan la práctica de la tolerancia. Como alternativa a las medidas que se definieron mediante el lema «iguales pero separados», las acciones afirmativas integradoras obligan a la sociedad, a las instituciones, los empresarios, los contratistas, a los ciudadanos, etc., a convivir con personas de distinto sexo, raza, cultura, discapacidad o preferencia sexual. En este sentido, las medidas afirmativas suponen una opción obligada a la convivencia en la diversidad, una opción obligada a la tolerancia, no solo en los niveles más elementales sino en las prácticas diarias y en los empleos de todo rango.

Por ello, dichas medidas, cuando se orientan a la integración, fomentan la convivencia en detrimento de los separatismos. La integración implica un esfuerzo recíproco, un conocimiento mutuo y una exploración e interés por los otros que son diferentes. Requiere el esfuerzo de los miembros del propio grupo de adaptarse a las instituciones comunes, salir del gueto para convivir con personas diferentes. Al mismo tiempo, la integración no implica la renuncia de las diferencias¹⁶ sino que potencia el mutuo reconocimiento. El respeto a las diferencias permite ejercitar la tolerancia y aceptar otras formas de vida; plantea un reto a la inteligencia humana. Por ello, las acciones afirmativas deberían orientarse a la integración social, asumir el conflicto social mediante formas de respeto mutuo a la diversidad. No se trata de renunciar a las diferencias, pero sí de admitir otros valores y hacer un esfuerzo por convivir en un marco común. La tolerancia a la que obligan las acciones afirmativas requiere el respeto a las diferencias pero también la capacidad intelectual de trascender los propios límites y conocer lo distinto. En definitiva, nos ayudan a todos a salir de nuestro gueto.

3. LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

El Sr. Tesauro, abogado general del «caso Kalanke», consideró que las cuotas favorables a las mujeres, restringidas al requisito de igual capacitación referente a los sectores (de la administración pública) donde están infrarrepresentadas, son contrarias a los principios de igualdad de trato vigentes en las Comunidades Europeas. Como vimos, el juez y los miembros del jurado asumieron dichas argumentaciones y consideraron que las acciones positivas contempladas en la Directiva 76/207/CEE, en su apartado 4 del artículo 2, constituyen una excepción a un derecho individual consagrado por la misma —en el apartado 1, artículo 2—, que debe ser interpretada restrictivamente respetando el principio de «proporcionalidad» (punto 23). Un derecho individual fundamental, tal y como es la igualdad de trato entre

¹⁶ Renuncia muy criticada por Iris Marion Young, «Polity and group difference...»



los miembros de distintos sexos y de distintas razas, sólo puede ser sometido a excepciones muy concretas.

Desde la perspectiva liberal, la igualdad se ha asociado, generalmente, con la igual valoración de los méritos individuales y con la imparcialidad en la aplicación y la elaboración de las normas. La imparcialidad se define, vagamente, como un trato igual hacia las personas en función de criterios universales. Sidgwick la define como sigue: «el elemento prominente en la justicia, como es concebido corrientemente, es un tipo de igualdad: imparcialidad en la observancia y la exigencia de ciertas reglas generales que distribuyen lo bueno y lo malo entre los individuos»¹⁷.

Como observa Sidgwick en el siglo XIX, una primera aproximación a la idea de imparcialidad remite a un tipo esencial de igualdad en la observancia de las leyes y en la distribución de lo bueno y lo malo; evitar las desigualdades meramente arbitrarias. No obstante, ¿permite la imparcialidad considerar las diferentes circunstancias? ¿Y en el empleo?

En una memoria de EEUU de 1969 (*Heads of All Agencies*), bajo la supervisión del Plan de Filadelfia, se puso de manifiesto que en las empresas de construcción de este distrito, como el sector del hierro, los puestos de instaladores de conducciones, instaladores de vapor, metal, electricidad, constructores de tejados, comprobadores del agua y constructores de ascensores, los trabajadores afro-americanos constituían un 0,5% de los empleados, a pesar de que representaban el 33,6% de la población del Estado de Filadelfia en 1970¹⁸. En este período, solo el 1% de los abogados de la nación eran afro-americanos negros y, aún menos, latinos, asiáticos o indio-americanos¹⁹. ¿Las políticas neutrales en el empleo y en la universidad habrían cambiado las cosas? ¿Es esto consecuencia de un derecho igualitario e imparcial?

Dworkin nos ofrece una alternativa para introducir la igualdad en los objetivos de las políticas públicas. El jurista distingue entre: «tratar a las personas igual» y «tratar a las personas como iguales»²⁰. Según Dworkin las políticas públicas no tienen más remedio que establecer prioridades. Lo importante, según el jurista, no es que las personas se beneficien igualmente de todas las políticas públicas (lo que resulta imposible e improbable), sino que los ciudadanos sean tratados «como iguales» en los asuntos de deliberación, con la misma importancia en los procesos deliberativos²¹.

La idea de igual consideración de méritos ha estado asociada generalmente a la noción de imparcialidad. Desde este punto de vista, el mérito individual permite determinar qué es lo justo que una persona debe obtener en la vida con independencia de sus diferencias físicas o sus circunstancias. No obstante, este tipo de imparcialidad puede resultar arbitraria cuando los individuos no se encuentran en las mismas condiciones. Piénsese en el caso de alguna persona con discapacidad: si se

¹⁷ H. SIDGWICK, *The Methods of Ethics*. Londres, MacMillan & Co., 1913, pp. 293-294.

¹⁸ J. SKRENTNY, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹ *Ibidem*, p. 169.

²⁰ R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 1-11.

²¹ *Ibidem*, pp. 409-427.



establece un baremación imparcial en función de los méritos que no tiene en cuenta las dificultades añadidas de estas personas, ¿quedarán siempre desfavorecidas?

No obstante, el mérito es tan solo un criterio más, como han observado Peter Singer²² y Ronald Dworkin²³. Tomar en cuenta las diferentes circunstancias, socioeconómicas y biológicas, que influyen en los logros de las personas, puede ofrecer un resultado final más igualitario e imparcial. En el caso de las universidades, el alto coeficiente intelectual, por ejemplo, puede ser un objetivo a perseguir, pero no el único. No es menos importante la potenciación de la diversidad cultural y los cuerpos de alumnos diversos. Todo es cuestión de prioridades sociales.

En el discurso anteriormente citado, el presidente Reagan deja clara la distinción entre el trato basado en el mérito y aquel que se basa en las preferencias: «no debemos permitir que el noble concepto de la igualdad de oportunidades sea distorsionado por las guías federales o las cuotas que requieren que la raza, la etnia o el sexo, en lugar de la habilidad y cualificación, sean los principales factores de contratación o educación»²⁴.

¿Qué es el mérito? Las posibles respuestas a esta pregunta nos conducen a caer en la cuenta de los valores implícitos en la neutralidad aparente de la noción de mérito y demérito. Lo que se considera meritocrático es manifiesto de valores sociales vigentes y de criterios concretos preponderantes en determinados ámbitos y lugares. Por ello, estos valores pueden ser modificados; no son absolutos sino que están abiertos a cambios.

Hayek consideró que la igualdad requiere la ausencia de la intervención del Estado y de los planificadores públicos, que tratan de determinar arbitrariamente quiénes van a llevarse la mejor parte del pastel. Es decir, la parcialidad presente en la labor de los planificadores estatales, en el momento de decidir qué se quita a unos y qué se da a otros, produce una discriminación arbitraria aborrecible y absurda²⁵. No obstante, la apelación a los méritos individuales que no toman en cuenta las oportunidades vitales, las situaciones de ventaja y de desventaja, la discriminación y prejuicios sociales vigentes, convierte en triunfadores y héroes a unos y en fracasados y perdedores a otros, produciendo estigmas. Sin opciones de educación y de formación en igualdad de condiciones, sin unas normas de trabajo igualitarias, etc., se puede prever de antemano quiénes van a llevarse la mejor parte en el reparto de oportunidades sociales.

Es conveniente destacar que la igual capacitación no garantiza siempre la igualdad de oportunidades. Las estadísticas muestran que las mujeres, en la actualidad, superan en estudios universitarios a los hombres. No logran, sin embargo, una representación paritaria en los puestos de mayor nivel del sector privado, es decir, allí donde el acceso está ceñido a los méritos y garantizado por ellos. En cuanto

²² P. SINGER, *op. cit.*, pp. 19-69.

²³ R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 409-427.

²⁴ J. SKRENTNY, *op. cit.*, p. 340.

²⁵ F.A. HAYEK, *Camino de servidumbre*. José Vergara (trad.), Madrid, Alianza Editorial, 1978.

asciende el nivel de remuneración y responsabilidad en el sector privado, menor es la presencia femenina²⁶.

Todo ello me lleva a suponer que las acciones afirmativas operan en el sentido del mérito, es decir, tratan de lograr la imparcialidad real en los méritos, evitando los obstáculos vigentes para ciertas personas en función de su raza, cultura, sexo o discapacidad. Para ello, las acciones afirmativas vendrán a compensar no solo la discriminación directa, sino la que es indirecta. En cuanto al género, esta última se define como «la aplicación de una medida nacional (o de cualquier otro tipo) que, aunque formulada de manera neutra, perjudica de hecho a un número muy superior de mujeres que de hombres» (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de octubre de 1997, asunto C-1/95, «caso Gerster», punto 39.) En ocasiones, un criterio de admisión y contratación supuestamente imparcial y meritocrático puede resultar indirectamente discriminatorio si sus valores no están justificados objetivamente.

El liberalismo contemporáneo ha dado un giro desde la defensa de la igualdad formal, característica de las teorías de *laissez faire* y otras, a la compensación por las circunstancias inmerecidas. Autores como Rawls y Dworkin²⁷ consideran que es preciso tener en cuenta las circunstancias sociales y las biológicas para lograr un modelo de justicia social. Determinar la posición social de los agentes en función de factores aleatorios, como el origen socioeconómico o las cualidades innatas, implica derivar la justicia, o lo que es lo mismo, lo que cada persona merece y obtiene en la vida, en función de aspectos que el individuo no controla ni puede evitar²⁸. No por ello renuncian a la responsabilidad individual y a las libertades. Más aún, éstas constituyen elementos centrales de sus teorías. Pero tratan de hacerlas valer a partir de condiciones sociales justas y verdaderamente imparciales.

Se pueden diferenciar dos modos de entender la noción del mérito:

- Esfuerzo y responsabilidad.
- Dotes naturales.

Si tomamos en cuenta el primero, el esfuerzo y la responsabilidad, como aspectos positivos de la conducta humana, deberemos compensar aquellas circunstancias que interfieren en los poderes individuales. La igualdad, en este sentido, no queda limitada a una estricta igualdad formal, reguladora de la propiedad y de los contratos, sino que tiene en cuenta las circunstancias para que el esfuerzo y la responsabilidad individual sean los factores pertinentes²⁹.

²⁶ *El País*, domingo 2 de noviembre de 2003.

²⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, pp. 64-100 y R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 11-129.

²⁸ J. RAWLS, *op. cit.*, p. 73.

²⁹ J. ROEMER, *Equality of Opportunity*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998, pp. 1-24.

En relación al segundo, las dotes naturales o biológicas en sí mismas no entrañan ningún valor. Los rasgos naturalmente adquiridos no son buenos ni malos, simplemente son. Es la organización social la que confiere valoración positiva o negativa a aquéllos y es ella la responsable si algunas de estas características influyen negativamente en la vida de los individuos³⁰.

Para concluir, precisaré que la igualdad estrictamente formal defendida con vigor por liberales conservadores y por las teorías de *laissez faire* corre el riesgo de producir una parcialidad en favor de quienes están en condiciones de ventaja. Por ello, considero, junto a autores como Rawls, Roemer y Dworkin, que es recomendable compensar las desigualdades inmerecidas y arbitrarias en un sistema social y económico liberal.

Los defensores del modelo del contrato frente al estatus deben tener en cuenta que las desigualdades sociales que se perpetúan y que no se corrigen mediante las oportunidades abiertas a todos llegan a naturalizarse y a convertir la desigualdad de clase en diferentes posiciones naturales. Las acciones afirmativas integradoras suponen una nueva forma de entender la igualdad. Tratan de lograr que los principios de igualdad y de no discriminación que emanan de una era de expansión de la ideología internacional en favor de los derechos humanos sean una realidad y no un simple remedio para callar y contentar las voces de denuncia contra las formas de discriminación vigentes.

³⁰ Ver P. SINGER, *op. cit.*, pp. 19-69 y R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 409-427.

