



PARA DISCUTIR LA ACCIÓN AFIRMATIVA

TEORÍA Y NORMAS

VOLUMEN 1

• GONZÁLEZ LUNA •
• RODRÍGUEZ ZEPEDA •
• SAHUÍ MALDONADO •

Para discutir la acción afirmativa

Teoría y normas

Volumen 1

Teresa González Luna • Jesús Rodríguez Zepeda
Alejandro Sahuí Maldonado
Coordinadores

Universidad de Guadalajara
2017

Se permite la reproducción total o parcial del material incluido
en esta obra, previa autorización por escrito de la institución.

Primera edición 2017

D.R. © 2017, UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA
Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades
Coordinación Editorial
Juan Manuel, núm. 130
Zona Centro
44100 Guadalajara, Jalisco, México

Consulte nuestro catálogo en: <http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/>

ISBN Obra completa: 978-607-742-730-8

ISBN Volumen: 978-607-742731-5

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

Contenido

Introducción	7
<i>Teresa González Luna Corvera,</i> <i>Jesús Rodríguez Zepeda y</i> <i>Alejandro Sahuí Maldonado</i>	
Tratamiento preferencial e igualdad: el concepto de Acción afirmativa	23
<i>Jesús Rodríguez Zepeda</i>	
La acción afirmativa: una estrategia polémica desde las concepciones de la justicia pero necesaria como garantía de ejercicio de derechos humanos.....	69
<i>Tatiana Rincón-Covelli</i>	
Las acciones afirmativas desde la propuesta de Thomas Nagel	101
<i>Valeria López Vela</i>	
Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia	125
<i>Juan Carlos Velasco Arroyo</i>	
Vulnerabilidad, dignidad y derechos humanos	155
<i>Luis González Placencia</i>	



El acomodo del pluralismo jurídico en el Estado de derecho. Una perspectiva teórica y comparada	197
<i>Francisco Colom González</i>	
La figura de la víctima: límite de la acción afirmativa	239
<i>Cristina Palomar Vereá</i>	
Acerca de autoras y autores.....	273



Introducción

Teresa González Luna Corvera,
Jesús Rodríguez Zepeda y
Alejandro Sahuí Maldonado

La de acción afirmativa es, sin duda alguna, la categoría más conflictiva, controvertida y hasta divisiva que puede hallarse en la constelación conceptual del derecho humano a la no discriminación. Las discusiones que se despliegan a su propósito rara vez son equilibradas, los bandos políticos e intelectuales que genera con frecuencia tienden a la polarización y su conceptualización no ofrece una forma acabada o alguna versión genuinamente canónica. Se trata, por ello, de una categoría abierta, en proceso permanente de reformulación y, por ello, aunque es susceptible siempre de formulaciones jurídicas, debe verse como una categoría de naturaleza claramente política. En efecto, aunque la acción afirmativa puede hallarse ya formulada en ordenamiento legales y en prácticas institucionales, su discusión pública sigue abierta y, en gran medida, a la espera de justificaciones y narrativas intelectuales que hagan persuasivas tanto su defensa como, si fuera el caso, su crítica razonada.

Esta es la razón de ser de la obra colectiva que ahora ponemos a disposición de los lectores. Intentamos, a través de la serie de materiales que componen estos dos volúmenes, incidir en una discusión que dista mucho de estar cerrada y que, sobre todo, requiere de un tratamiento serio y atento a los criterios académicos más exigentes. Para nuestro país, donde no sólo se



ha construido legislación reglamentaria que contiene mandatos y obligaciones de tratamiento preferencial antidiscriminatorio sino que el propio subsistema de representación política se ha visto modificado por una poderosa exigencia de acción afirmativa, la discusión de esta categoría muestra su sentido práctico y su alineamiento con la agenda de democratización y de realización de derechos fundamentales. Hablar de acción afirmativa aquí y ahora implica dar la atención debida a una de las privaciones más graves entre todas las que nos aquejan: la injusticia discriminatoria.

Aunque la tradición de la acción afirmativa (hablamos de una tradición por comodidad discursiva, pero, como veremos, se trata de un enunciado polisémico y muy variado en sus vías de plasmación) se sitúa en el horizonte del derecho a la no discriminación o igualdad de trato, derecho por cierto ya constitucionalizado en México, no existe una correspondencia geométrica entre esta categoría niveladora y la exigencia misma de no discriminación. Lo anterior implica que no toda defensa del principio de no discriminación contiene de suyo una defensa o aval de esta forma de tratamiento compensatorio. Es cierto que, en los segmentos sociales y políticos donde se avala la discriminación, como derivación lógica se rechaza el tratamiento compensatorio para los grupos identificados como discriminados, pero la ecuación inversa no es sostenible. En realidad, pueden hacerse convincentes defensas del principio de no discriminación sin establecer compromisos con la nivelación propia de la acción afirmativa o incluso entendiéndola como una elíptica e inaceptable forma de discriminación. En la discusión del significado y alcances del principio de no discriminación se juega con frecuencia el rechazo o la preferencia a la acción afirmativa, e incluso esta preferencia puede darse en distintos niveles, no todos compatibles entre sí.



El debate sobre la pertinencia y deseabilidad de la acción afirmativa, siendo una cuestión política y jurídica, constituye también un debate terminológico. Frente a la idea, más o menos ingenua –pero a veces también políticamente interesada– de que los objetos de la política y del derecho se pueden ser denominados de la manera que sea y que esta indeterminación no tiene implicaciones conceptuales y políticas, en esta obra se pone especial atención a la forma nominal o discursiva mediante la que nos hacemos cargo de la problemática del tratamiento preferencial. En la construcción de una racionalidad antidiscriminatoria, el lenguaje cuenta e importa, pues la enunciación misma y las elecciones discursivas de las categorías denotan compromisos normativos y orientaciones políticas. La preferencia por los términos con que describimos esta forma de tratamiento instala una amplia brecha entre posiciones políticas respecto de cómo combatir los procesos discriminatorios. Para quienes vemos el tratamiento compensatorio justificado como una palanca igualitaria al servicio del principio de no discriminación, la expresión “acción afirmativa” es un enunciado casi irrenunciable; pero para quienes la promoción de tal tratamiento diferenciado abre el riesgo de avalar una nueva forma de desigualdad de trato, expresiones como “discriminación contraria”, “discriminación inversa” e incluso “discriminación afirmativa” pueden resultar más adecuadas. En este segundo terreno discursivo, la introducción del término “discriminación” en la caracterización del tratamiento preferencial hacia los grupos discriminados tiende una sombra de duda acerca de si no se está, mediante el tratamiento mismo, recayendo en el tipo de prácticas discriminatorias que se deseaba superar. No obstante, se da el caso, como sucede en los estudios y políticas antidiscriminatorios en Europa, donde expresiones como “discriminación positiva” son entendidas como enunciados perfectamente claros y defendibles y en modo algu-



no conectados con el aval a discriminaciones inaceptables. Sea cual sea el emplazamiento discursivo que se adopte, lo que resaltamos es que, no siendo ingenuas las elecciones terminológicas a este respecto, debe dispensarse, como se hace en esta obra, especial atención a los vocablos con los que articulamos los análisis y las propuestas normativas.

Decir que el debate de la acción afirmativa es una cuestión democrática parece ser la afirmación de una obviedad. Empero, apenas se observa la cuestión con más atención, surgen algunas consideraciones interesantes. La primera es que la agenda de la acción afirmativa sólo se presenta y adquiere sentido en sociedades democrático constitucionales, es decir, en comunidades políticas donde el valor de la igualdad de trato o de derechos está ya establecido como un principio ordenador de la estructura del Estado. De no hacerse esta consideración, se llegaría a la absurda conclusión de que cualquier forma de tratamiento preferencial, en cualquier lugar y tiempo que ésta se realizase, equivaldría a una forma de acción afirmativa. Esta precisión contextual, que equivale no a otra cosa que situar la cuestión de la acción afirmativa en el tiempo y en los territorios que le atañen, evita también el despropósito, cometido por muchos analistas desaprensivos o descuidados, de buscar raíces antiguas a esta categoría tan moderna. De este modo, afirmar la filiación democrático-moderna de la acción afirmativa comporta la enorme ventaja de ponernos a salvo de ese defecto epistemológico que Gastón Bachelard denominara “el mito de los orígenes” y que lleva a enunciados tan bizarros como el de identificar a Aristóteles como un precursor del tratamiento preferencial antidiscriminatorio.

Una vez establecida la relación necesaria de la acción afirmativa con las condiciones normativas e institucionales de las democracias constitucionales de nuestra época, quedan por determinar asuntos tan relevantes como si esta estrategia debie-



ra entenderse como un derecho humano en sí mismo o como una garantía o instrumento del derecho humano a la no discriminación, o la cuestión de si las políticas del desarrollo y lucha contra la pobreza exigen políticas de acción afirmativa o pueden mantenerse en un registro universalista; o bien la de si la continuidad y frecuencia de las políticas de acción afirmativa no detonan el riesgo de creación de nuevos privilegios, o bien, entre otras tantas cuestiones que aquí se formulan, si las nuevas experiencias de cuotas y paridad de género en el ámbito de la representación política no son más que extensiones del modelo de acciones afirmativas del siglo xx que se concentró en los subsistemas laboral y educativo superior o requieren una conceptualización propia.

Esta serie de interrogantes y las respuestas que a su propósito se construyen dan contenido a la obra que ahora se da a la publicidad: *Para discutir la acción afirmativa. Volumen 1. Teoría y normas y Volumen 2. Democracia, procesos y circunstancias*. Este producto editorial es el resultado de un proyecto de investigación llevado a cabo en el seno de la Red de Investigación sobre Discriminación (RINDIS) durante el año 2016 y dirigido por los coordinadores firmantes de esta introducción. A partir de una convocatoria muy amplia a académicos de distintas especialidades, se logró contar con un número alto de artículos de investigación que, tras los arbitrajes académicos preceptivos, se publican por primera ocasión. Avances de investigación de buena parte de los artículos ahora publicados fueron discutidos en el “Foro RINDIS 2016: Democracia, Igualdad y Tratamiento preferencial: la necesaria discusión de la Acción afirmativa”, que se celebró los días 19 y 20 de mayo de 2016 en instalaciones de la Universidad Autónoma de Campeche y con el auspicio del Centro de Investigaciones Jurídicas y la Facultad de Derecho de esa universidad. Tanto el foro como la publicación de la obra fueron



apoyados por el proyecto de Investigación CONACYT CB2011 166/870 “Igualdad y calidad de la democracia. De las capacidades a los derechos”, bajo la responsabilidad del Dr. Alejandro Sahuí. Igualmente, tanto el foro como la edición de la obra se beneficiaron del patrocinio de la Cátedra UNESCO “Igualdad y no discriminación” hospedada en la Universidad de Guadalajara y coordinada por la Dra. Teresa González Luna. Además de los especialistas mexicanos provenientes de diversas universidades del país, la obra contó con la colaboración de distinguidos académicos extranjeros de instituciones como el Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid o la Universidad del Rosario de Colombia. Por otra parte, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, que es la agencia mexicana encargada de coordinar la garantía del derecho a la no discriminación en el ámbito federal, propició parte de las condiciones materiales para la realización del Foro RINDIS 2016; por ello los editores expresamos a su presidenta, la Mtra. Alexandra Hass, un amplio reconocimiento.

El volumen 1 de *Para discutir la acción afirmativa* lleva el subtítulo de *Teoría y normas*. Como podrá constatar el lector, aquí se presentan las colaboraciones de carácter más teórico, abstracto e incluso especulativo. El primer artículo, a cargo de Jesús Rodríguez Zepeda, de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, se titula “Tratamiento preferencial e igualdad: el concepto de Acción afirmativa”. En éste se revisan los siguientes temas: la variabilidad terminológica de la acción afirmativa, tras la que se halla un genuino conflicto axiológico sobre los tópicos de igualdad y no discriminación, la necesaria contextualización de la acción afirmativa en un marco democrático constitucional; la relación compleja y hasta potencialmente conflictiva de la acción afirmativa con el principio de igualdad; el difícil ensamble de la acción afirmativa, al menos en sus versiones estándar, con



un concepto intuitivo o llano de no discriminación y la de su sujeción a criterios expresos de caducidad o temporalidad. En este caso, se trata de un argumento teórico, lo que explica que no se intente ofrecer una evaluación de prácticas institucionales o resultados empíricos, sino más bien construir un discurso de justificación normativa, vale decir, de filosofía política, acerca de esta categoría.

El segundo artículo, a cargo de Tatiana Rincón-Covelli, de la Universidad del Rosario de Colombia, se titula “La acción afirmativa: una estrategia polémica desde las concepciones de la justicia pero necesaria como garantía de ejercicio de derechos humanos.” Aquí se sostiene que la acción afirmativa, en su origen, se vinculó de manera directa a la lucha contra la discriminación en el ejercicio de derechos, y, en forma indirecta pero explícita, a una concepción de la justicia fundada en el principio de igualdad de oportunidades. Esta doble vinculación ha tenido efectos en la manera distinta en que la acción afirmativa ha sido tratada desde las interpretaciones del principio de igualdad de oportunidades, y desde la idea de la acción como medida para superar la discriminación en el ejercicio de derechos humanos. Las dos aproximaciones parecen mostrar que cuando la acción afirmativa se vincula a concepciones de la justicia su uso se torna problemático, mientras que cuando se la vincula solo a la garantía del ejercicio no discriminatorio e igualitario de derechos humanos su uso se acepta de manera más pacífica. Su vinculación a una concepción de la justicia fundada en principios de igualdad problematiza su uso, porque a través del mismo se enfrentan diferentes concepciones de la justicia

El siguiente artículo, a cargo de Valeria López Vela, del Centro Anáhuac de Derechos Humanos de la Universidad Anáhuac del Sur, titulado “Las acciones afirmativas desde la propuesta de Thomas Nagel”, se despliega en el ámbito estricto de la filosofía



política, planteando una de las vertientes más fecundas del debate teórico de la acción afirmativa, a saber, el del emplazamiento de esta categoría en el paradigma rawlsiano de la justicia como equidad (*justice as fairness*). El artículo delinea el contexto en el que ocurre la acción afirmativa de acuerdo con Thomas Nagel, como un complemento a la propuesta rawlsiana. El vaivén entre la teoría y la práctica obliga a definir un concepto para engarzar tales ámbitos; para ello, propone como tarea indispensable incluir una fundamentación epistémica de la posición ética que las respalda.

El cuarto artículo de este volumen, a cargo de Juan Carlos Velasco Arroyo, del Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid, España, se titula “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”. En éste, se sostiene que las medidas de tratamiento preferencial son políticas públicas conocidas con el nombre de discriminación positiva y que se aplican en favor de determinados grupos minoritarios. Estas políticas se suelen encuadrar dentro de las llamadas políticas del multiculturalismo o de la identidad. Precisamente en el marco de estas políticas públicas encaminadas al reconocimiento de las diferencias culturales de los grupos minoritarios y de sus expresiones identitarias es en el que se aborda tal forma de discriminación a lo largo de esta contribución. Plantea, no obstante, la precisión de que la discriminación positiva no apunta necesariamente a objetivos fijados en términos culturales o identitarios. Su práctica se enmarcaría, más bien, dentro de un proyecto político destinado a configurar una sociedad más justa y equitativa. El autor sostiene que la presencia de amplios grupos marginados o discriminados atenta contra valores políticos tan elementales como la igualdad o la justicia social con los que se identifica el orden constitucional de la mayoría de los Estados contemporáneos. En esa misma medida, la supresión de



tales situaciones representa un auténtico e insoslayable reto para cualquier sociedad democrática.

El siguiente artículo de este volumen, a cargo de Luis González Placencia, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, se titula “Vulnerabilidad, dignidad y derechos humanos.” En éste, el autor somete a discusión la supuesta existencia natural de la “vulnerabilidad” asociada con los procesos de discriminación. A partir de ello, revisa críticamente los mecanismos que la producen; en especial, le importa destacar que, precisamente desde la perspectiva de los derechos, la acción afirmativa –que se ha situado en el imaginario colectivo y en las políticas públicas como mecanismo para la compensación de aquellos colectivos cuyas identidades han sido históricamente construidas como merecedoras de la desigualdad– se visualiza y conceptualiza como un acto de reparación –histórico y actual– del daño ocasionado a la dignidad de las identidades vulneradas, acumulado a través de generaciones.

El sexto artículo, a cargo de Francisco Colom González, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid, lleva el título de “El acomodo del pluralismo jurídico en el Estado de derecho. Una perspectiva teórica y comparada.” En esta colaboración, se incide en un tema de gran actualidad: el tratamiento diferenciado en materia jurídica asociado al reconocimiento del pluralismo etno-cultural y religioso. Según Colom, la tendencia generalizada a la privatización de las funciones del Estado y el recurso cada vez más frecuente a formas alternativas o paralegales de resolución de conflictos ha abierto un capítulo novedoso en la gestión de las relaciones interculturales en las sociedades contemporáneas. Se trata de fenómenos de pluralismo jurídico ligados a procesos, es decir, de demandas de reconocimiento y de autorregulación jurídica formuladas por algunos grupos étnicos y religiosos. Este tipo de reivindicaciones no sólo cuestionan



el monopolio estatal del derecho y su interpretación sino que entrañan serias dificultades normativas en lo que se refiere a la preservación de sus garantías formales y materiales. La revisión crítica de estas dificultades dan contenido al artículo.

El séptimo y final artículo de este volumen, a cargo de Cristina Palomar Vereá, de la Universidad de Guadalajara, se titula “La figura de la víctima: límite de la acción afirmativa”. En éste, a partir de una mirada crítica acerca de la acción afirmativa como medida especial y temporal que busca reparar la discriminación, se hace una reflexión en relación con los antecedentes de estas medidas formuladas para un sector social específico: las mujeres. Se analiza una ley especialmente diseñada para las mujeres en México y se intenta evidenciar los efectos perniciosos de dicha ley. Se propone explorar otras medidas para combatir la discriminación más flexibles y más acordes con los tiempos que corren.

El segundo volumen de *Para discutir la acción afirmativa*, se subtitula *Democracia, procesos y circunstancias*. Aquí se han integrado las investigaciones relativas a procesos efectivos como el debate de las cuotas y paridad de género en la representación política y las políticas compensatorias respecto de la discapacidad, así como la reflexión sobre el estrecho vínculo entre tratamiento compensatorio y políticas de desarrollo. Aquí se presentan los siguientes contenidos:

El primer artículo, a cargo de Esperanza Palma Cabrera de la Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa, se titula “Tensiones en torno a la interpretación y aplicación de las cuotas de género y la paridad”. En éste se analizan los avances y obstáculos que ha tenido la aplicación de la cuota y la paridad en México para las candidaturas legislativas en México. Se explica que las cuotas han representado un avance significativo para la participación y representación política de las mujeres, avance que se expresa entre otros, en el aumento del número de legis-



ladoras. No obstante, también han tenido como consecuencia la generación de nuevos conflictos dentro de los partidos los cuales derivan del hecho de que las medidas de acción afirmativa tienen un carácter redistributivo. Con el objetivo de ilustrar dichos conflictos, se analiza la estrategia minimalista de los partidos en la asignación de candidaturas femeninas en los distritos en las elecciones federales de 2015 usando una base de datos novedosa que clasifica los 300 distritos uninominales para los tres partidos mayores, PAN, PRI y PRD. Este es uno de los ámbitos donde los partidos pueden seguir implementando una estrategia minimalista debido a la imprecisión de la ley acerca del porcentaje admisible para lanzar mujeres en distritos perdidos. Por último, se toman ejemplos de posiciones entre los detractores y defensores de las cuotas con el fin de ilustrar la división en torno al tema.

El segundo artículo de este volumen, a cargo de Marta W. Torres Falcón de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, se titula “Igualdad sustantiva y cuotas de género. Un debate de derechos humanos”. En el artículo, Torres Falcón centra su atención en el debate sobre las acciones afirmativas y más específicamente las cuotas de género, medidas temporales para acelerar el avance hacia la paridad. Con esta emplazamiento analítico, se propone ofrecer un panorama general de ese debate en el marco de la teoría y práctica de los derechos. En un primer apartado, se analizan las nociones de igualdad y universalidad, inherentes a tales derechos. Enseguida se revisa el mandato legal para incorporar las cuotas de género, tanto en instrumentos internacionales como en la legislación nacional y, por último, se analiza la experiencia vivida en años recientes en América Latina y en México. Por último, se señalan algunas tareas pendientes a modo de conclusión.

El tercer artículo, a cargo de Teresa González Luna Corvera de la Universidad de Guadalajara, se titula “Democracia, trata-



miento preferencial y no discriminación. Las cuotas de género y la paridad en la representación política”. Situado en el contexto de las recientes medidas oficiales antidiscriminatorias, entendidas como la fuente normativa para las acciones públicas igualitarias que competen a los poderes públicos y tienen el propósito de igualar las condiciones de acceso a los derechos de todas las personas, en este texto se valoran las acciones afirmativas aplicadas en el campo del ejercicio de los derecho político-electorales de las y los ciudadanos mexicanos. De manera particular, se hace un breve y crítico recorrido por el camino de las llamadas “cuotas de género”, que recién ha aterrizado en la “paridad” electoral, en busca del acceso efectivo de las mujeres a las candidaturas partidistas a los cargos de elección popular. Se formulan cuestionamientos sobre la razonabilidad y efectividad de esta acción afirmativa o tratamiento desigualitario, que ha implicado un proceso técnico-jurídico y que sobre todo es resultado de un proceso político, y se plantean desafíos respecto a la necesaria participación de las mujeres en la conformación de los poderes públicos.

El siguiente artículo de este volumen, a cargo de Alejandro Sahuí Maldonado de la Universidad Autónoma de Campeche, se titula “Los DESC en la evaluación de la calidad democrática y la desigualdad estructural”. El texto aborda el papel de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la evaluación de la calidad de los regímenes democráticos, como sistemas de selección de las autoridades políticas, de deliberación, y de hechura de las decisiones públicas. Se piensa que los DESC son un resultado de los procesos de acuerdo político -un output del sistema-, y que en cambio los derechos civiles y políticos (DCP) son los presupuestos básicos del sistema. Se supone que los individuos cuentan como iguales respecto de estos derechos antes y durante el proceso político. Sin embargo, en ese mismo trayecto los DESC no son tenidos realmente en cuenta. Existen reflexiones sobre



DESC y democracia que muestran la importancia de la ciudadanía integral con todos los derechos, pero no queda clara la relación inmediata de aquéllos con el régimen político en cuanto a su desempeño, y no en cuanto a sus resultados. La propuesta explora posibilidades para incluir el enfoque de los DESC en el mecanismo procedimental de la democracia.

El quinto artículo de este segundo volumen, a cargo de Mario Alfredo Hernández (Universidad Autónoma de Tlaxcala) y María Teresa Fernández (Red *Discapacidad y Comunidad*), se titula “Género, discapacidad y acción afirmativa: ¿Cómo crear (y recrear) la participación política de las mujeres con discapacidad?” En éste se analiza, desde las perspectivas del género, la discapacidad y la acción afirmativa, la manera en que sería posible crear y recrear la participación política de las mujeres con discapacidad. Esto requiere, en primer lugar, reflexionar acerca de la medida en que los sistemas democráticos visibilizan a las personas con discapacidad en general como agentes políticos. En un segundo momento, se localizan los estándares normativos nacionales y, sobre todo, internacionales con respecto a la participación política de las mujeres con discapacidad y las medidas de acción afirmativa que podrían incidir en sus derechos políticos. En tercer lugar, se analiza la relación entre las dos modalidades de vulnerabilidad que se asocian a la condición de ser mujer y ser persona con discapacidad, lo que genera un contexto más complejo de discriminación, mismo que tendría que ser tenido en cuenta para el diseño y operación de las políticas de acción afirmativa que busquen incidir en sus derechos políticos. Finalmente, se analiza la manera en que las acciones afirmativas que buscan empoderar como agentes políticos a las mujeres con discapacidad son armónicas con el modelo social de la discapacidad y obligan a tomar distancia de los paradigmas médico o asistencial para el abordaje de sus derechos.



El sexto artículo, a cargo de Víctor Collí Ek de la Universidad Autónoma de Campeche, se titula “No discriminación y Personas con la condición de Espectro Autista. Doctrina constitucional de la Suprema Corte”. Sobre la base de que un actor protagónico en el desenvolvimiento de las implicaciones de la trascendente reforma de Derechos Humanos de 2011 es la Suprema Corte, la cual con su jurisprudencia delinea los nuevos parámetros de defensa de derechos humanos, al definir las autoridades que pueden realizar esta defensa y al generar con su jurisprudencia la doctrina constitucional en la que se sustentarán los asuntos que se pongan a su estudio, el trabajo analiza el caso de las personas con la condición de espectro autista. Aquí se discuten de manera específica dos temas: en primer lugar, la trascendencia del derecho a la consulta a estas personas cuando se esté generando una nueva legislación; segundo, las potenciales violaciones a derechos en específico, de tres tipos: los certificados de habilitación, la libertad para tomar sus decisiones y la interrupción del tratamiento médico.

El segundo volumen se cierra con el artículo titulado “Discriminación cosmética” a cargo de Ángel Octavio Álvarez Solís de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México. En este artículo se plantea si es justificable moral y políticamente la instrumentación de cirugía facial en casos de personas con Down. El autor ofrece una respuesta elíptica: la cirugía facial de personas con Down puede ser un recurso legítimo para reducir los procesos de discriminación basado en la apariencia física. Sin embargo, su interés reside más en plantear la pregunta que en proponer una solución definitiva, pues este debate en el fondo tiene una doble vertiente. Por un lado, el debate moral entre el bienestar individual y la reproducción de estereotipos socialmente dañinos. Por el otro, el viejo tema político acerca de la legitimidad del paternalismo como garante de decisiones subro-



gadas. La hipótesis que sostiene el autor es que probablemente estemos frente a un caso de paternalismo blando o paternalismo asimétrico. Este tipo de paternalismo sostiene que el Estado puede ayudar en, pero no imponer, la toma de decisiones en individuos con una voluntad viciada o con autonomía restringida. Por ello, antes que ofrecer una respuesta, propone bosquejar una cartografía del problema y, de manera breve, las condiciones intelectuales acerca del cuerpo como una entidad normativa.





Tratamiento preferencial e igualdad: el concepto de Acción afirmativa

Jesús Rodríguez Zepeda

Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa

Hacia un concepto político de Acción afirmativa

En el debate de nuestros días acerca de los principios de igualdad y no discriminación aparece siempre como foco de agudas discusiones la noción de Acción afirmativa. Se trata de una noción problemática y con frecuencia poco clara incluso para muchos de sus promotores y detractores. Desde luego, los segundos no se alinean mecánicamente con la defensa de la discriminación, y los primeros no siempre son capaces de articular su defensa de la Acción afirmativa en el contexto de un argumento satisfactoriamente igualitarista.

En situaciones como ésta, el trabajo de la filosofía política se hace necesario, no sólo en el sentido de su función de despejar conceptos y procurar definiciones más allá de la ambigüedad, sino también en el de justificar un principio normativo al que se puede considerar relevante para la idea de una sociedad justa o bien ordenada. Por ello, en este artículo se ofrece una revisión de los principales elementos conceptuales en disputa acerca de esta noción problemática, a efecto de clarificar y precisar, bajo la



forma de un lenguaje normativo, su relación con los principios de igualdad y no discriminación.

Para ello, se analizan algunas de las líneas de discusión centrales propias de este tema que, aunque ligadas e interdependientes, han menester de revisión específica. Se trata de líneas como la de la variabilidad terminológica de la Acción afirmativa, tras la que se halla un genuino conflicto axiológico sobre los tópicos de igualdad y no discriminación, la de la necesaria contextualización de la Acción afirmativa en un marco democrático constitucional, la de su relación compleja y hasta potencialmente conflictiva con el principio de igualdad, la de su difícil ensamble, al menos en sus versiones estándar, con un concepto intuitivo o llano de no discriminación y la de su sujeción a criterios expresos de caducidad o temporalidad. Debemos insistir en se trata de un argumento teórico, lo que explica que no se intente ofrecer una evaluación de prácticas institucionales o resultados empíricos, sino más bien construir un discurso de justificación normativa, vale decir, de filosofía política, acerca de esta categoría. Lo anterior no obsta para que algunas referencias históricas o sociales sean necesarias para dar fuerza y mayor claridad al argumento conceptual.

El de *Acción afirmativa* es un término forjado en la práctica política, la legislación y las acciones institucionales contra la discriminación en los Estados Unidos de América, que luego se ha convertido también en un punto álgido de debate político y jurídico sobre la discriminación y los reclamos de igualdad en esa nación y en otros países. La primera referencia pública al enunciado puede encontrarse en la expresión de la decisión política de que el Estado norteamericano actuase institucionalmente para la integración laboral de la población negra. Así, la génesis explícita del enunciado Acción afirmativa (es decir, su historia filológica) puede remitirse hasta 1953, cuando el “Comité sobre



cumplimiento de contratos” del Presidente Harry S. Truman urgió a la Administración a “*Actuar positiva y afirmativamente* para aplicar la política de no discriminación en ... los servicios de empleo”.¹

Cabe señalar que en este enunciado los adjetivos “positiva” o “afirmativa” usados para calificar a las acciones gubernamentales relativas a la lucha contra la discriminación sufrida por un grupo determinado no se refieren, al menos de manera explícita, a la exigencia de llevar a cabo acciones o políticas preferenciales que entrañen una diferenciación de trato orientada a reducir el fenómeno discriminatorio. Algo similar puede decirse de la aparición explícita y completa del enunciado “Acción afirmativa”, que puede registrarse en 1961, en el Decreto presidencial número 10925 (*Executive Order 10925*) del Presidente norteamericano John F. Kennedy, en la que se puede leer que:

El contratante aplicará *acción afirmativa* para garantizar que los solicitantes sean empleados y para que los empleados sean tratados, mientras estén empleados, sin referencias a su raza, credo, color u origen nacional. Dicha acción debe comprender, aunque no estar limitada, a lo siguiente: empleo, promociones, destitución o traslado, reclutamiento o publicidad de reclutamiento, despidos o terminación, rangos de pago u otras formas de compensación, así como para la selección para la capacitación, incluyendo el aprendizaje. (Kennedy, 1961).²

¹ Citado por (Marable, 2006): [to act positively and affirmatively to implement the policy of nondiscrimination... in employment services]. Énfasis agregado.

² [The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship] En este mismo documento pueden hallarse los términos *positive measures* (medidas positivas) y *positive steps* (pasos positivos)



En efecto, en estos fragmentos discursivos ya clásicos en la historia del vocabulario de la no discriminación puede notarse que la exigencia de Acción afirmativa tiene el propósito de garantizar, no un trato preferencial o diferenciado, sino un trato equitativo o llanamente igualitario, sin excepciones ni exclusiones motivadas por factores raciales, religiosos, fenotípicos o de nacionalidad. Por ello, puede decirse que en ambas referencias se exige, primero, que desaparezca la arbitrariedad derivada de los prejuicios colectivos contra minorías raciales, religiosas y nacionales en el contexto de las relaciones laborales, y segundo, que en ese contexto no sean significativas para el tratamiento entre personas –es decir, que se hagan invisibles– esas diferencias identitarias, fenotípicas, raciales o religiosas.

En este sentido, las primeras formulaciones del enunciado Acción afirmativa no habrían incluido ni la exigencia de institucionalizar un trato diferenciado focalizado en grupos discriminados ni la de un tratamiento compensatorio con propósitos de nivelación social. Así, conforme a este uso, los adjetivos “positiva” o “afirmativa” usados para caracterizar a la acción del gobierno no comportan un sentido conceptual específico y pueden intercambiarse por otros similares: “proactiva”, “fuerte”, “decidida”, “vigorosa”, “comprometida”, etcétera. Concebida en estos términos, no hay en la exigencia de Acción afirmativa motivo alguno para preocuparse sobre un supuesto desafío a la idea de tratamiento igualitario.

Sin embargo, algo muy distinto sucede con el surgimiento del *concepto político* de Acción afirmativa, cuyo rasgo característico será, precisamente, la exigencia del mencionado trato preferencial a favor de los miembros de grupos discriminados. El origen empírico de éste aún se discute, pero existe cierto consenso acer-

que comportan el mismo sentido de actuar proactivamente para garantizar la igualdad para un determinado grupo en el terreno laboral. Énfasis agregado.



ca de que esta *idea política* de la Acción afirmativa aparece de manera clara en el discurso de 1965 del Presidente norteamericano Lyndon B. Johnson titulado “*To Fulfill These Rights*” [“Para cumplir esos derechos”]. En éste, el Presidente Johnson decía:

No tomas a una persona que ha estado encadenada durante años, la liberas, la pones en la línea de salida de una carrera y le dices: “eres libre de competir con todos los demás”, y sigues creyendo aún así que has actuado de manera completamente justa. Esto no es suficiente para abrir las puertas de la oportunidad. Todos nuestros ciudadanos deben tener la capacidad para atravesar esas puertas. Ésta es la siguiente y más profunda batalla por los derechos civiles. No sólo buscamos libertad sino oportunidad –no sólo igualdad legal sino capacidad humana–, no sólo igualdad como un derecho y una teoría, sino igualdad como un hecho y como un resultado. (Johnson, 1965)³

En efecto, esa “segunda batalla por los derechos civiles”, que busca “la igualdad como un hecho y un resultado”, va más allá del tratamiento llanamente igualitario o de la mera desaparición de la arbitrariedad de trato guiada por prejuicios contra las minorías: exige una reversión práctica del camino hecho por la discriminación a través de un trato gubernamental y social diferenciado, preferencial y focalizado en los grupos a los que la discriminación, en su registro histórico, ha puesto en inferioridad de capacidades para competir por los puestos y rangos relevantes

³ [You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say: “You are free to compete with all the others”, and still justly believe that you have been completely fair. Thus it is not enough to just open the gates of opportunity. All of our citizens must have the ability to walk through those gates. This is the next and more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom but opportunity —not just legal equity but human ability— not just equality as a right and a theory, but equality as a fact and as a result].



del orden social. Mientras que las dos primeras formulaciones de la acción positiva o de las políticas afirmativas tienen como exigencia directa el tratamiento homogéneo, el concepto político de Acción afirmativa exige, también en primera instancia, trato diferenciado para los grupos discriminados. En esta innovación conceptual reside la fuerza y capacidad de interpelación política de este enunciado y, al mismo tiempo, su poderosa capacidad de dividir y enfrentar las opiniones en una sociedad plural y democrática.

El de Acción afirmativa es igualmente un concepto que se ha extendido a legislaciones y diseños institucionales de otros países, y en ellos ha adquirido nuevas connotaciones y ha alimentado discusiones políticas adicionales. Por ello, se trata de un concepto tan vivo como polisémico y divisivo, que hoy en día es todavía el foco de un intenso debate político y académico tanto en su contexto de origen como en otras latitudes. Aunque como fuente de una estrategia de acción pública es muy difícil desligarlo del contexto social norteamericano, que ha incidido incluso en la acuñación de su enunciación precisa y, a la vez, en la generación de un ambiente de confusión semántica debido a los numerosos enunciados similares y aledaños a él, puede también considerarse como un concepto presente y sujeto a discusión en prácticamente todos los sistemas democráticos contemporáneos.

Debido, precisamente, a esta aguda discusión acerca de sus significados, es necesario atajar una muy frecuente confusión acerca del concepto de Acción afirmativa. Debe quedar claro que las distintas enunciaciones del “tratamiento diferenciado positivo” no son recíprocamente equivalentes ni políticamente ingenuas. Se ha denominado “Acción afirmativa” (*Affirmative action*) a estas exigencias y políticas de compensación por parte tanto de sus defensores políticos como por parte de las agencias



gubernamentales norteamericanas encargadas de la promoción de las oportunidades de grupos como las minorías étnicas y las mujeres (Dworkin, 1977; Pojman, 1997; Wasserstrom, 1997). Por otra parte, se les ha denominado “tratamiento preferencial” (*Preferential Treatment*) por parte de quienes han buscado una enunciación más neutra y académicamente solvente frente a la polarización política del debate (Nagel, 1977); también se les ha denominado “discriminación inversa” (“*Inverse Discrimination*” o “*Reverse Discrimination*”) por parte de quienes han insistido en su inaceptable carácter discriminatorio (Greenawalt, 1983); e incluso se les ha llegado a nombrar como “discriminación afirmativa” (*Affirmative Discrimination*) por un autor conservador tan renombrado como Nathan Glazer para evidenciar la paradoja de una estrategia supuestamente orientada contra la discriminación que es, según él, una nueva forma de discriminación (Glazer, 1978). En este amplio vocabulario, pueden también ser registradas algunas variaciones adicionales, como la de “discriminación compensatoria” (*Compensatory Discrimination*), que trata de mantenerse en el ámbito de la neutralidad valorativa (Cohen, Nagel & Scanlon, 1977). La pluralización del término, bajo el enunciado de *acciones afirmativas*, puede hallarse sobre todo en la literatura jurídica española actual sobre discriminación y tratamiento preferencial, con un uso en general cargado de sentido aprobatorio (Santiago Juárez, 2007).

Debe destacarse que estos enunciados han sido usados para tratar de dar cuenta de un modelo estratégico específico, surgido en la sociedad norteamericana para lidiar con los efectos históricos de la discriminación y para tratar de revertirlos. Se trata, en efecto, de una constelación de términos avanzada para designar, desde distintos emplazamientos políticos y diversas miradas ideológicas, la intención política, legal e institucional de promover, de una forma gubernamentalmente dirigida, el acceso a las



oportunidades socialmente relevantes, como la educación o el empleo, de los colectivos de negros y mujeres en la sociedad norteamericana de las últimas décadas.

Empero, en este artículo nos concentramos en la utilización de tres enunciados: *tratamiento preferencial* (*preferential treatment*), *Acción afirmativa* (*affirmative action*) y *discriminación inversa o contraria* (*reverse discrimination*), como formas de denotar las aludidas medidas de tratamiento diferenciado con fines compensatorios. La noción de tratamiento preferencial pretende guardar neutralidad valorativa, así que la hemos venido usando con una intención descriptiva; la *Acción afirmativa* conlleva un sentido axiológico positivo, pues encuentra en las políticas de tratamiento preferencial una vía obligada para construir relaciones sociales no discriminatorias y tendencialmente igualitarias, mientras que la *discriminación inversa o contraria* posee un contenido negativo y crítico, pues entiende a este tratamiento preferencial como una forma nueva, aunque formulada de manera elíptica bajo el lenguaje de la igualdad, de alentar formas de discriminación.

Aunque desde una visión muy simplificadora, tales enunciados podrían presumiblemente aludir a la misma constelación de medidas de acción pública, su valoración analítica conduce a plantearlos como formas antagónicas en el marco de la semántica política de la igualdad. Por ello, no resulta impertinente la pregunta acerca de si la acción afirmativa es una forma de discriminación inversa, es decir, si las medidas compensatorias de diversa índole que pretenden revertir los efectos de la discriminación pasada se constituyen, o no, en medidas discriminatorias *per se*.⁴ Por ello, hemos de insistir en que no se trata, en un senti-

⁴ Véase a este respecto la ya clásica compilación de Barry S. Gross, *Reverse Discrimination* (Gross, 1977), en la que se perfila el contraste entre las posiciones proclives al tratamiento preferencial mediante el lenguaje de la acción afirmativa, y sus detrac-



do estricto, de términos intercambiables, y también en que se da el caso incluso de que la enunciación de uno hace prohibitiva la enunciación de otro (no debería, por ejemplo, tomarse como sinónimos, y menos en el mismo texto, Acción afirmativa y discriminación positiva). Por ello, la exigencia de pulcritud discursiva y conceptual respecto del vocabulario de la Acción afirmativa nos permite despejar una amplia gama de pseudoproblemas que derivan de lo que se presenta, sin serlo, como una mera relación de sinonimia entre términos cercanos entre sí. En este caso, el wittgensteiniano “aire de familia” de los términos se convierte en un genuino obstáculo epistemológico.

Ahora bien, en este contexto del debate en torno de la Acción afirmativa y, en particular en torno de su forma de plasmación más destacada, a saber, la de las cuotas laborales o educativas, lo que podemos encontrar es un dilema valorativo respecto de los términos de justicia que deberían emplazarse para la superación de la discriminación. Es decir, la Acción afirmativa no sólo alude a un momento de decisión, en el presente, a favor de grupos étnicos o mujeres para acceder a un puesto de trabajo o educativo específico, sino que alude también a la necesidad de que los ciudadanos miren hacia el pasado para considerar si es justa una política de compensación por la exclusión y discriminación sufridas. Por otra parte, en los mismos debates públicos acerca de la justicia o injusticia de esta estrategia, nos obligamos a una mayor precisión en el vocabulario empleado pues, como hemos dicho, se habla de *Acción afirmativa* cuando se está a favor de las prácticas compensatorias para las personas discriminadas, mientras que cuando se observa esta medida desde la perspectiva de quienes creen que con ella se destruye el principio mismo de igualdad de una sociedad democrática, se habla de *Discrimi-*

tores, con la crítica a la discriminación inversa o contraria (*reverse discrimination e inverse discrimination*).



nación inversa o contraria (*reverse discrimination* o *inverse discrimination*) para resaltar el supuesto error moral y político que, desde ese punto de vista, significa querer solucionar el problema de la discriminación con más discriminación, en vez de sólo nivelar formalmente el terreno de las oportunidades y el acceso a los derechos. De hecho, uno de los síntomas de un deficiente manejo conceptual de esta discusión consiste en la falta de precisión discursiva con que numerosos académicos y políticos se maneja cuando discuten sobre el tratamiento preferencial.

Pero por muy persuasivo que sea el trabajo de la filología, lo cierto es que ésta no hace nunca el trabajo que toca a la filosofía; es decir, la determinación del origen empírico o histórico de un enunciado normativo no predetermina sus alcances ni sus limitaciones, y menos aun construye su justificación teórica. La explicación teórica y la justificación normativa de la Acción afirmativa tienen que someterse a un expediente crítico de construcción discursiva que permita establecer su relevancia como argumento en el terreno del debate sobre la justicia y la igualdad, que es precisamente lo que pretende nuestro texto.

La Acción afirmativa y el marco democrático

Un acercamiento teórico serio a la Acción afirmativa debe destacar su significado contextual específico, a saber, su vinculación como estrategia de acción pública (lo mismo que la de sus justificaciones políticas y teóricas) con el valor de la igualdad en los regímenes democrático-constitucionales y sólo en ellos. Es muy frecuente el intento, que juzgo más inercial o literario que propiamente teórico, de remontarse hasta el pensamiento clásico griego para hallar en éste rudimentos de la noción de Acción afirmativa bajo la forma de una cierta relación del tratamiento



diferenciado con las nociones de justicia e igualdad. Así, con frecuencia se recurre a un famoso pasaje de *La política* de Aristóteles, donde se puede leer que:

... se piensa que la justicia es la igualdad, y eso es así, aunque no para cualquiera, sino para aquellos que son iguales, y se piensa que la desigualdad es justa, ya que en verdad es así, si bien no para todo el mundo, sino para aquellos que son desiguales...
(Aristóteles, [336 a. c.] 1987: 1280a)

El argumento de Aristóteles (que se sitúa, por cierto, en un fragmento dedicado a evaluar las características de dos gobiernos “de clase”, la oligarquía –gobierno de los ricos– y la democracia –gobierno de los pobres– y que son formas desviadas o corruptas de *constitución* porque no se orientan al bien común sino al interés particular) no apunta a defender un ideal global de igualdad (sea económica o de trato) para todos los habitantes de la *polis*. Ahora bien, si no existe tal ideal global de igualdad en el argumento de Aristóteles ¿cómo habría de ponerse a su servicio una forma de tratamiento diferenciado, justificándose además éste por razón de aquél? En realidad, el argumento del Estagirita sólo atiende a la constatación de la relatividad de la noción de justicia cuando se basa en cuestiones de distribución económica.

Para Aristóteles, como dijimos antes, lo propio de una constitución justa o recta es que quien gobierna orienta su acción al bien común y no al interés particular (Aristóteles [336 a. c.] 1977: 1280a). Esta idea de los gobiernos o constituciones rectos va a la par de una clasificación antropológica que niega derechos ciudadanos a las mujeres, los niños, los esclavos y los extranjeros. Así en Aristóteles podemos leer que “... es verdad que no todas las personas indispensables para la existencia de un Esta-



do deben ser consideradas ciudadanos...” (Aristóteles [336 a. c.] 1977: 1278a). No debería olvidarse que un rasgo distintivo del pensamiento político de la Antigüedad y, dentro de éste, del de la Atenas clásica, es la vigencia de un supuesto social común acerca de la indiscutible desigualdad natural entre los seres humanos. Como señaló con claridad M. Finley:

No todos los atenienses sostenían los mismos puntos de vista y no todos los griegos eran atenienses, pero existe evidencia decisiva acerca de que casi todos ellos habrían aceptado como premisas, e incluso podría decirse que como axiomas, que la *vida buena* sólo era posible en la *polis*, que el hombre bueno era más o menos sinónimo del buen ciudadano [y] que los esclavos, mujeres y bárbaros eran inferiores por naturaleza y por ello estaban excluidos de toda discusión (Finley, 1983: 125)

Por ello, este último enunciado acerca de la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos en la *polis* ateniense es del todo coherente con la idea aristotélica de una jerarquía natural-racional de los varones, libres y adultos sobre el resto de la población y de la consecuente interdicción de derechos políticos de los esclavos, mujeres, niños y ancianos. Aristóteles es, desde luego, el precursor de la idea republicana de ciudadanía activa, pero no de la de ciudadanía igualitaria. En este contexto, la costumbre de derivar de la contigüidad discursiva de las nociones de justicia, igualdad y trato desigual una inscripción de Aristóteles en la tradición igualitaria –a la que sí pertenece la Acción afirmativa– resulta, por decir lo menos, extraño y anacrónico y por ello inaceptable.⁵

⁵ Encuentro este error interpretativo de leer a Aristóteles como un precursor o un adelantado de la Acción afirmativa y, con ello, como una suerte de igualitarista, en juristas contemporáneos que tratan, por lo demás con muy buena fortuna, temas de discriminación. Véanse, Rey Martínez (2005: 20) y Carbonell (2004: 20-21).



Más extraño aún resulta el intento de convertir esas referencias aristotélicas en un supuesto adelantamiento de la noción misma de Acción afirmativa sólo porque escribió acerca de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, cuando en realidad lo que le interesaba era dar cuenta de la incompletud relativa al ideal de justicia de los gobiernos dirigidos por una clase social con intereses particulares.

Esta precisión es obligada porque con frecuencia se pierde de vista que la Acción afirmativa, entendida como un modelo de compensación para grupos que exige formas específicas de tratamiento preferencial, busca su legitimidad en un vínculo fuerte con la idea de una sociedad en la que el valor de la igualdad de todas las personas en uno o varios sentidos fundamentales está aceptada como válida e incluso se halla institucionalizada. Dicho de otra manera, la Acción afirmativa tiene como propósito cumplir una promesa de igualdad de corte democrático y no reflejar o construir distinciones más propias de una sociedad de jerarquías tradicionales, de castas o de derechos separados. La igualdad de todas las personas es un supuesto normativo de la democracia moderna, al menos a partir de la obra de Rousseau en el siglo XVIII, y la Acción afirmativa se formula como una estrategia para hacer efectiva esa condición normativa a la vista de las desigualdades derivadas de las prácticas de discriminación, exclusión y opresión sufridas por grupos sociales completos.

De manera correlativa, esta contextualización de la Acción afirmativa respecto de la estructura de las sociedades democráticas en la que es prioritario el valor de la igualdad de todas las personas, permite evidenciar la debilidad de argumentos que, sobre la base de la existencia de formas de tratamiento preferencial hacia ciertos grupos en distintos países, no encuentran obstáculo para hablar de la existencia de *acciones afirmativas* en el caso de ciertas políticas de tratamiento preferencial sin ofrecer



precisiones históricas ni políticas, como en lo relativo a las experiencias de tratamiento preferencial en países de dudosas credenciales democráticas como Malasia, Nigeria o Sri Lanka.⁶ Por ello, para una argumentación seria y consistente a propósito de esta estrategia es necesario distinguir, incluso como paso prope déutico de una reconstrucción teórica, su indisoluble asociación al modelo moderno de democracia constitucional.

Así, la confusión que lleva a identificar cualquier práctica de preferencia gubernamental o pública a favor de un grupo con la acción afirmativa a lo largo del mundo sólo puede explicarse por la ausencia de un concepto teórico, e incluso normativo, de Acción afirmativa. Hace falta, en suma, establecer el vínculo preciso entre la acción afirmativa y el valor democrático de la igualdad en el contexto de la lucha contra la discriminación.⁷ En efecto, la exigencia política de Acción afirmativa sólo tiene sentido en el marco de sociedades democrático-constitucionales, del mismo modo en que la exigencia e institucionalización del de-

⁶ Véase el argumento de Thomas Sowell (Sowell, 2004). En esta obra Sowell argumenta que, sobre la base de acciones empíricas, son formas de Acción afirmativa lo mismo la “discriminación positiva” a favor de los “Intocables” en la India que la “estandarización” en Sri Lanka o las cuotas a favor de los “hijos de la tierra” en Nigeria y Malasia. Sowell encuentra también acciones afirmativas en la historia de países como Pakistán o la extinta Unión Soviética. El argumento de Sowell pasa por encima de las diferencias de régimen político entre esas naciones, sin percibir la relación específica que nuestro argumento destaca.

⁷ Ausencia o defecto de la que el propio Sowell hace gala, al señalar que su estudio se refiere a “lo que sucede en la realidad” más que a una “exploración filosófica de estos temas” (Sowell, 2004: 2). Sowell argumenta como si la recopilación casuística de experiencias pudiera obviar las diferencias de fondo en los contextos de aparición de las políticas de tratamiento preferencial, sobre todo cuando estas diferencias tienen que ver con la estructura política de cada sociedad. Si, siguiendo a Sowell, creemos que toda política de tratamiento preferencial o toda cuota son formas de Acción afirmativa, ésta puede acabar convertida en una categoría lata y de contenidos potencialmente infinitos. Si la Acción afirmativa es lo mismo que cualquier tratamiento preferencial en cualquier tiempo, lugar y régimen, sencillamente no existe.



recho fundamental a la no discriminación sólo adquiere sentido en el mismo tipo de sociedades.

Como señala J. Sterba, un defensor de esta estrategia, la Acción afirmativa sólo puede entenderse en última instancia como la búsqueda de un esquema de justicia para las sociedades democráticas, para el cual las medidas de tratamiento preferencial, y por ello diferenciado, son momentos de transición orientados a la igualdad y no distinciones definitivas que fijan o congelan formas de desigualdad de contenido antidemocrático:

... propongo definir la acción afirmativa como una política para favorecer a mujeres calificadas y candidatos de minorías sobre hombres calificados o candidatos de un grupo no minoritario, con los objetivos inmediatos de acercar beneficios públicos, terminar con la discriminación o lograr diversidad, y con los objetivos últimos de alcanzar una sociedad “ciega al color” (racialmente justa) y “genéricamente libre” (sexualmente justa) (Sterba, 2003: 200).

En efecto, la nota distintiva de la Acción afirmativa (y esto la aparta de las experiencias más o menos autoritarias de otras formas de tratamiento diferenciado) es su relación indisoluble con una afirmación democrática del principio de no discriminación. Tal principio es el que en teoría justifica su exigencia de tratamiento preferencial (para muchos incompatible, al menos de manera intuitiva, con la idea de tratamiento igualitario), pero siempre en el contexto de un modelo democrático constitucional en el que la propia igualdad entre los ciudadanos se mantiene como un valor central de la vida social.

Así, la dilucidación y reconstrucción teóricas del concepto de Acción afirmativa que ofrecemos en este texto está vinculada con una definición compleja del derecho a la no discriminación, cuyo contexto es necesariamente el de una democracia constitu-



cional, es decir, de un modelo de régimen político en el que al principio de soberanía popular se encadena, para calificarlo, el principio de derechos fundamentales. Dicho de manera directa y corta: no hay espacio para la Acción afirmativa en regímenes no democráticos, como tampoco lo hay en estos para programas antidiscriminatorios fundados en el discurso de los derechos fundamentales.⁸

En otra parte, he ofrecido una justificación teórica del derecho fundamental a la no discriminación (Rodríguez Zepeda, 2005). Por ello, ahora sólo enunciaré a la Acción afirmativa como elemento integral y orgánico del principio democrático de no discriminación, siempre que se entienda a éste bajo una definición compleja. La Acción afirmativa encuentra un espacio propio –lógico, normativo– en el derecho a la no discriminación cuando entendemos a éste de la siguiente manera:

... la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles, siempre y cuando un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad actuales causados por prác-

⁸ Como dice el jurista Manuel Aragón: "... el sentido genuino de la Constitución [es el de] norma jurídica fundamental que garantiza los derechos de los ciudadanos y organiza al Estado de tal forma que garantiza también la democracia [y entre cuyos elementos positivos] pueden contarse la convicción (y "aseguramiento" jurisdiccional) internacional de que hay un núcleo constitucional innegociable, como son los derechos humanos, así como la extensión vigorosa (y jurídicamente "eficaz") de una especie de derecho constitucional común o transnacional que presta solidez (incluso metodológica o categorial) a la forma democrática del Estado como género al que muchos países pertenecen (Aragón, 2005: 121). *Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa, 2005: 121.



ticas discriminatorias previas contra su grupo (Rodríguez Zepeda, 2005:29)

Como puede notarse en esta definición, la exigencia de un tratamiento igualitario y sin excepciones arbitrarias e injustificables puede ser compatible con un tratamiento preferencial cuando de lo que se trata es de reponer o compensar a los miembros de un grupo por la discriminación sufrida a lo largo de un periodo histórico. Esta definición contrasta con una definición llana del derecho a la no discriminación, conforme a la cual la no discriminación sólo consistiría en *el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles*. En esta segunda definición está ausente el registro histórico de la discriminación y sólo se atiende a su prohibición presente; en la primera definición, que insistimos en calificar como “compleja”, el registro histórico de la discriminación y la consecuente exigencia de subsanar las condiciones heredadas del pasado justifican el tratamiento preferencial hacia los grupos que han sufrido discriminación.

El contenido de la Acción afirmativa

Acaso la mejor manera de formular el debate acerca de la deseabilidad del tratamiento preferencial en el horizonte de una concepción de la justicia en la que el principio de no discriminación se contemple bajo su definición compleja consista en recurrir a una de las sugerentes preguntas de Steven Lukes. En su texto “Cinco fábulas acerca de los derechos humanos”, Lukes señala que no está sujeta a disputa la inclusión de la igualdad



de oportunidades para todas las personas en el catálogo simple y abstracto de los derechos humanos; sin embargo, es la determinación de lo que es dicha igualdad lo que se presenta como desafiante y problemática:

¿Qué debe ser igual para que las oportunidades sean iguales? ¿Es una cuestión de no discriminación respecto de un contexto existente de desigualdades económicas, sociales y culturales o es ese contexto mismo el terreno en el cual las oportunidades puede ser hechas más iguales? (Lukes, 1993: 39)

En efecto, el problema real del principio general y abstracto de igualdad de oportunidades nos exige decidir ante la alternativa de aplicarlo de manera formal y externa a un sistema dado de roles asignados y de dotaciones distribuidas de antemano, o bien formularlo como el resultado futuro de una política que trate de redefinir el esquema de distribuciones que caracteriza a ese sistema en su momento actual. Esta disyuntiva es crucial, pues en un caso se trata de favorecer una interpretación de tal principio que deja intacta la estructura del sistema de oportunidades –fundamentalmente educativas y laborales– y abre las puertas de éste bajo el criterio de una igualdad formal de toda persona, mientras que la segunda postula la igualdad de oportunidades como una suerte de idea regulativa o un programa a cumplir que habría de resultar de una transformación de ese sistema de oportunidades, lo que supone –o al menos justifica– la aplicación de medidas de tratamiento preferencial a favor de determinados grupos que en el pasado han padecido exclusión y discriminación.

Esta distinción entre, al menos, dos posibles y contrastantes interpretaciones del principio de igualdad de oportunidades está ligado a la terminología misma de la Acción afirmativa, pues cuando se entiende a ésta en el sentido de igualación de oportu-



tunidades sin afectar la estructura social que la hace posible, la Acción afirmativa, en la medida en que se sustancia en políticas de tratamiento preferencial, se entenderá como una violación de la igualdad y, por lo tanto, como una nueva forma de discriminación (de allí que se le califique de inversa o contraria), mientras que si se le entiende como una meta normativa que requiere, para ser genuina, de tales políticas de tratamiento preferencial, entonces se le verá como parte necesaria de la igualdad democrática y por ende contraria al concepto de discriminación e inconfundible con éste.⁹

La Acción afirmativa supone un tratamiento preferencial a favor de un grupo social específico que ha sufrido discriminación y limitación de sus derechos y oportunidades fundamentales. El argumento más defendible en términos normativos de la Acción afirmativa sostiene que dado que las condiciones sociales reales en que viven las personas discriminadas suponen el peso de una serie de desventajas innecesarias, que conllevan de manera regular el bloqueo en su acceso a derechos fundamentales y la limitación para el aprovechamiento de oportunidades regularmente disponibles para el resto de la población, el valor de la igualdad sólo se podrá realizar en y para ellas si las vías para actualizar dicho valor contemplan la aplicación de “medidas compensatorias” de carácter especial, orientadas a estos grupos y promovidas, supervisadas o incentivadas por el Estado.

La igualdad como meta social, y no reducida a la figura de tratamiento homogéneo, exige que en algunos casos se apliquen

⁹ He definido en otra parte el concepto técnico de discriminación sobre la base de la redacción de los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y no discriminación: “... la discriminación es una conducta, culturalmente fundada y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo un estigma relacionado con una desventaja innecesaria, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales”. (Rodríguez Zepeda, 2006: 43)



tratamientos diferenciados positivos que promuevan la integración social de las personas discriminadas y que les permitan aprovechar esos derechos y oportunidades a los que sí acceden, de manera regular, quienes no sufren de discriminación. Las posibilidades efectivas de aprovechar los derechos y oportunidades que brinda una sociedad no son iguales para todos. Para ciertos grupos, los prejuicios negativos y el estigma cultivados durante mucho tiempo en su contra implican una desventaja real en el acceso a derechos y oportunidades, por lo que sus miembros viven, en los hechos, una desigualdad de origen, de la que no son moralmente responsables y que difícilmente podrían remontar de manera voluntaria por estar esta desventaja arraigada en las costumbres, en las leyes, en las instituciones, en la cultura, en los modelos de éxito, en los estándares de belleza y en otros elementos de la vida colectiva que definen las relaciones entre grupos sociales.

En este contexto, la Acción afirmativa admite, al menos, dos definiciones; una de gran amplitud y otra más concreta y limitada. En su sentido más amplio, la acción afirmativa consiste “en la idea de dar los pasos proactivos necesarios para dismantelar el prejuicio... [*... the fundamental idea of taking the proactive steps necessary to dismantle prejudice...*]” (Marable, 96: 5). En este sentido amplio, la acción afirmativa puede contemplarse como la promoción, gubernamental e incluso privada, de la inclusión social de un grupo (en el caso norteamericano, de la población negra, tradicionalmente discriminada y excluida). Esta inclusión social puede lograrse mediante medidas de distinto tipo, aunque siempre consistentes en formas de tratamiento preferencial, cuyo propósito último es la igualdad real de oportunidades.

El otro sentido de la Acción afirmativa tiene un alcance más restringido, aunque sumamente relevante, y tiene que ver con medidas específicas, fuertemente recomendadas o de plano obli-



gatorias, para que una determinada proporción de población de grupos como las mujeres y las minorías étnicas pueda estar representada en las posiciones educativas y laborales más altas y redituables de una sociedad. Esta figura es la de las cuotas de presencia proporcional de los grupos discriminados en las posiciones laborales, educativas o políticas más relevantes y de mayor jerarquía del orden social. Aunque en esta forma específica de la Acción afirmativa es difícil establecer una relación directa entre el beneficio disfrutado por algunas personas pertenecientes al grupo discriminado y la compensación real experimentada por el grupo en su conjunto, el primer resultado de su aplicación es la generación de líderes sociales en el grupo de las personas beneficiadas, capaces de funcionar como ejemplos de logro social para los demás miembros de su grupo.

En su dimensión de presencia proporcional de los grupos discriminados en las posiciones sociales de mayor jerarquía, la Acción afirmativa puede diferenciarse de la igualdad de oportunidades en el sentido en que ésta se ha entendido en los discursos tradicionales del Estado de bienestar, pues ésta segunda no se define por la pertenencia a un grupo discriminado, mientras que en la primera esta pertenencia es esencial.

La leyes y políticas de igualdad de oportunidades requieren que los individuos sean juzgados por sus cualidades como individuos, *sin tomar en cuenta* la raza, el sexo, la edad, etcétera. La acción afirmativa requiere que los individuos sean juzgados *tomando en cuenta* tal pertenencia a un grupo, recibiendo un tratamiento preferencial o compensatorio en algunos casos para alcanzar una ‘representación’ más proporcional en algunas instituciones y ocupaciones. (Sowell, 1997: 100)

En esta segunda acepción, la Acción afirmativa se expresa mediante una política de “cuotas” educativas o laborales, que



funciona como un mecanismo de “reserva” de un porcentaje preestablecido de plazas y posiciones en empleos y matrículas educativas para minorías sexuales o raciales. Así, por ejemplo, en numerosas universidades norteamericanas, en los años setenta se abrieron procesos de doble ingreso que, por una parte, establecían estándares de admisión de un tipo para estudiantes blancos y, por otra, estándares menos exigentes, aunque siempre suficientes, para estudiantes de minorías raciales como la población negra o la latina. De manera similar, en legislaciones como la alemana, se prevén cuotas laborales para mujeres, con el propósito de darles mayor representación en los puestos de decisión.

Acaso lo más novedoso en el terreno de la acción afirmativa sea la introducción legal de cuotas en el terreno de la representación política, ya sea para minorías étnicas o para mujeres. En efecto, ante la constatación de la subrepresentación de las mujeres y de las minorías étnicas en el poder político, en algunas naciones europeas se han establecido cuotas de género que garantizan un mínimo de representación de las mujeres en posiciones políticas relevantes. En el caso de México, la legislación electoral federal prevé una paridad de género en las candidaturas de los partidos políticos para la integración de la representación política parlamentaria, lo que instala una tendencia a lograr distribuciones cercanas a la paridad en la distribución efectiva de puestos parlamentarios.

El criterio de la temporalidad

Ya sea que se afirme la concepción general de la acción afirmativa o su concepción específica identificada con la cuotas, lo cierto es que siempre se le supone como una estrategia temporal que



debe desaparecer apenas hayan sido equilibradas las condiciones de desventaja grupal que le dieron origen. En el terreno clave de su caducidad o temporalidad limitada reside el vínculo fuerte de la Acción afirmativa con los valores modernos de la democracia, pues sólo en un contexto democrático es concebible que los tratamientos diferenciados no conduzcan a la generación de privilegios y fragmentación social.

La temporalidad de la Acción afirmativa reafirma la vinculación de ésta con el concepto de igualdad, pues esta estrategia de compensación no se contempla como un fin en sí mismo sino como un medio para alcanzar el objetivo deseable de la igualdad de trato y de oportunidades entre todos los miembros de la sociedad. Dicho de otra manera, la Acción afirmativa justifica la excepción del tratamiento preferencial gracias a la autolimitación impuesta por su propia exigencia de caducidad temporal. Pero esta excepción no deja nunca de ser una anomalía igualitaria y debe terminarse cuando una constatación empírica certifique que los rasgos estructurales que hacen imposible una genuina igualdad de oportunidades han desaparecido en general.

Es precisamente este elemento de la temporalidad el que separa la interpretación liberal de la Acción afirmativa respecto de una perspectiva como la del multiculturalismo, que hace de la diferencia (y no de la igualdad de oportunidades) el valor sustantivo a preservar o reponer y por lo tanto no asocia el tratamiento preferencial a una caducidad temporal. Como dice Taylor:

La discriminación inversa es defendida como una medida temporal que en algún momento nivele el terreno de juego y permita que las viejas reglas “ciegas” vuelvan por sus fueros en una manera que no generen desventajas para nadie. Este argumento parece suficientemente sensato, allí donde su base fáctica sea razonable. Pero no justificará algunas de las medidas que ahora son urgidas sobre la



base de la diferencia, cuya meta no es retrotraernos a un posible espacio social “ciego a las diferencias” sino, por el contrario, mantener y encarecer la distinción, no sólo ahora sino para siempre. A fin de cuentas, si estamos comprometidos con la identidad, entonces qué es más legítimo que la aspiración propia de que ésta nunca se pierda. (Taylor, 1994: 40)

Esta diferencia destacada por Taylor muestra que, al menos en su sentido liberal, la Acción afirmativa (y no la “discriminación inversa” como equívocamente él la denomina) se justifica sólo por su relación con el valor de la igualdad (y en específico con la igualdad de oportunidades) aunque su enunciación suponga reparar en las diferencias sobre las que las relaciones de desigualdad se cimientan.

En cualquier caso, lo que se tiene que resolver es la capacidad emancipadora y la deseabilidad normativa de las estrategias políticas e institucionales articuladas en, y articuladoras de, uno u otro concepto de los conceptos de no discriminación –el complejo y el llano–. Si se trata de fundar estas estrategias sólo en la definición convencional de no discriminación, el riesgo inherente que se corre es el dejar intactos los mecanismos estructurales de la exclusión de los grupos discriminados y, de manera, derivada, establecer una limitación en la legitimidad del Estado democrático para intervenir a favor de grupos secularmente excluidos y para imponer medidas de compensación orientadas a revertir la discriminación históricamente desplegada. Si se admite, por el contrario, que la no discriminación contiene de suyo estas obligaciones compensatorias del Estado, entonces tendremos que asociar el valor de la igualdad a un sentido fuerte de la acción afirmativa.



La Acción afirmativa y la igualdad

El problema de la Acción afirmativa no es el de la justificación de derechos relativos al valor de la igualdad que impliquen medidas redistributivas económicas del Estado o estrategias de política social en los campos educativo, laboral, sanitario, etcétera, porque éstas han sido lo característico del Estado social y democrático de bienestar, sino el de justificar derechos compensatorios disfrutables por unos grupos y no por otros y que atienden a resarcimientos no necesariamente económicos ni incluidos en las políticas tradicionales de corte social como la educación y salud públicas o los sistemas de pensiones.

Como ha señalado Amartya Sen, si bien no existe una sola doctrina de la igualdad en el pensamiento político contemporáneo, lo cierto es que todas las teorías que se reclaman igualitaristas postulan la igualdad de todas las personas en algún aspecto fundamental. El principio o el ideal de la igualdad es definido de distintas formas, y aunque esta idea supone siempre un elemento en común que establece la igualdad de los seres humanos, lo cierto es que cuando hablamos de este tema deberíamos no dar por supuesto que todos entendemos lo mismo por igualdad. En efecto, antes de preguntar si somos o no somos iguales, o si deberíamos serlo o no, lo adecuado es preguntar: ¿igualdad de qué? (Sen, 1992: 12-30)

Por eso, si la Acción afirmativa está al servicio de una forma fundamental de igualdad, no habrá razones aceptables para excluirla de una genuina política democrática de la igualdad. De esta manera, la pertenencia de la no discriminación al discurso de la igualdad democrática no tendría que reducirse al terreno de la prohibición de exclusiones y desprecio en razón de desventajas grupales inmerecidas en razón de estigmas y prejuicios, sino que legitimaría la prescripción de medidas compensatorias que se



concretan en tratamientos grupales diferenciados. Esa sería una manera aceptable de ligar el valor de la igualdad con el valor de la diferencia, y sobre todo de evitar que éste último se convierta en la afirmación de un camino sin retorno hacia la fragmentación o (en palabras de E. Laclau) el “*self-apartheid*” (Laclau, 1995).

En todo caso, no es extraño que esté muy extendida la idea de que la no discriminación debe contemplarse como conceptualmente distinta a la idea de compensación social para grupos desaventajados, e incluso la idea de que la Acción afirmativa debería entenderse como una estrategia ajena a la igualdad de oportunidades. Para John E. Roemer, un poderoso defensor de la igualdad de oportunidades y, a la vez, detractor de la Acción afirmativa, la no discriminación y el tratamiento compensatorio corresponden a conceptos diferentes de la igualdad de oportunidades. El principio de no discriminación, dice Roemer,

... establece que, en la competición por posiciones en la sociedad, todos los individuos que poseen los atributos relevantes para el desempeño de los deberes de la posición en cuestión sean incluidos en el grupo de candidatos elegibles, y que la posible ocupación del puesto por un candidato sea juzgada sólo en relación con esos atributos relevantes. (...) Un ejemplo de este (...) principio es que la raza o el sexo como tales no deberían contar a favor o en contra de la elegibilidad de una persona para una posición, cuando la raza o el sexo es un atributo irrelevante en cuanto a los deberes de la posición en cuestión. (Roemer, 1998: 1)

De manera complementaria, Roemer, señala que una concepción alternativa, y por lo demás superior, de igualdad de oportunidades tiene que ver con la exigencia de que la sociedad haga lo posible para “nivelar el terreno de juego” (*level the playing field*), lo que conlleva medidas compensatorias de carácter distributivo



para grupos desaventajados en terrenos como el educativo y el laboral. (Roemer, 1998: 2-3 y 108-113). Las normas y acciones públicas derivadas de este segundo modelo irían más allá del principio llano de no discriminación, pues estarían orientadas a nivelar los puntos sociales de partida de los individuos en la competencia laboral o educativa, cosa que la simple prohibición de discriminar por estigmas y prejuicios ostensiblemente no hace. Un rasgo destacable de este argumento es que el concepto de no discriminación aparece como ajeno al de medidas compensatorias o tratamiento diferenciado, aunque este último sea normativamente defendible bajo el lenguaje de la igualdad de oportunidades. Debe señalarse también que, para Roemer, la nivelación del terreno de juego no equivale a la Acción afirmativa, a la que este autor entiende como una asignación injustificable de privilegios a grupos específicos que viola el principio mismo de compensación social.

En cierta medida, el argumento de Roemer (aunque no su conclusión contraria a la Acción Afirmativa) es similar a la distinción hecha por Rawls entre el “sistema de libertad natural” y la “igualdad liberal”. El sistema de libertad natural, típico de los defensores de la sociedad de mercado, exige

... una igualdad formal de oportunidades bajo la que todos tengan al menos los mismos derechos legales de acceder a todas las posiciones sociales aventajadas. Pero [critica Rawls] en la medida en que no existe un esfuerzo para preservar una igualdad de condiciones sociales (...) la distribución inicial de recursos para cualquier lapso de tiempo queda fuertemente influenciada por contingencias naturales y sociales. (Rawls, 1973: 72)

Nótese que el “sistema de libertad natural” puede formularse como estructuralmente similar a la definición llana o convencio-



nal de no discriminación pues su argumento central apela a la igualdad legal de acceso a las oportunidades. Este sistema, según Rawls, comporta el grave defecto de permitir que las porciones distributivas que han de aprovechar los individuos para hacer uso de las oportunidades socialmente disponibles sean impropriadamente influenciadas por factores como la acumulación previa de riqueza en algunos grupos o por el talento o capacidades naturales que, desde un punto de vista moral contractualista, resultan arbitrarios. Por ello, la “igualdad liberal”, que es la propuesta que según Rawls permite superar en buena parte esta arbitrariedad distributiva, se revela como una exigencia de añadir al requisito de que las oportunidades estén abiertas a los talentos, la condición adicional de la justa igualdad de oportunidad (*fair equality of opportunity*). Por ello, dice Rawls:

... la interpretación liberal (...) busca mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural en las porciones distributivas. Para alcanzar este propósito es necesario imponer condiciones básicas estructurales al sistema social. Los arreglos del libre mercado deben ser puestos en un esquema de instituciones políticas y legales que regule las tendencias globales de los hechos económicos y preserve las condiciones sociales necesarias para la igualdad justa de oportunidades. Los elementos de este esquema son suficientemente familiares, aunque vale la pena recordar la importancia de prevenir las acumulaciones excesivas de propiedad y riqueza y de mantener oportunidades equitativas de educación para todos. (Rawls, 1973: 73)

Esta idea rawlsiana atañe a su modelo de justicia distributiva, en el que el enunciado de “posición menos aventajada”, que es una categoría moral central en el argumento, se identifica con una posición socioeconómica o de clase; pero lo recuperable



de ella para nuestros propósitos es la certeza de que la igualdad simple de oportunidades es incapaz de reducir la desigualdad en una forma significativa, porque no incide en la nivelación de los puntos de partida de las personas que compiten luego por las posiciones sociales, es decir, no influye en la conformación de sus capacidades de aprovechar derechos y oportunidades.¹⁰

Si el principio de no discriminación se hace equivalente a una mera expresión del modelo generado por el sistema de libertad natural, no queda espacio para transitar en la propuesta de un principio complejo de no discriminación a mecanismos de compensación como los que Rawls articula con la combinación de la igualdad justa de oportunidades con el principio de diferencia. En este sentido, también desde una perspectiva inspirada por el argumento rawlsiano, el concepto de no discriminación exigiría algún tipo de compensación o regla distributiva altamente exigente no formulado como una disposición externa a él. Dice Rawls:

Tratar los casos similares de manera similar no es una garantía suficiente de justicia sustantiva. Esa última depende de los principios conforme a los cuales la estructura básica es diseñada. No existe contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que acepta las más arbitrarias formas de discriminación, sea homogénea y consistentemente administrada, aunque esto pueda ser improbable (Rawls, 1973: 59)

El ideal rawlsiano de igualdad económica se sustenta en dos mecanismos precisos de compensación: la igualdad justa

¹⁰ Para una crítica de esta idea rawlsiana de “posición menos aventajada” definida bajo criterios sólo socioeconómicos o de clase, y para una reivindicación de otro tipo de posiciones desaventajadas como las de las personas con discapacidad o las mujeres, véase mi trabajo, Jesús, “Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad” (Rodríguez Zepeda, 2004).



de oportunidades y el principio de diferencia. En ambos casos, la justicia se hace posible por los tratamientos preferenciales a favor de las posiciones menos aventajadas. En el primer caso, se compensan las desventajas de corte social mediante políticas e instituciones de corte liberal distributivo o socialdemócrata; en el segundo, se compensan las desventajas en las dotaciones naturales de los individuos en cuanto a talento y rendimiento mediante medidas como los esquemas fiscales progresivos y diferenciados. Estos tratamientos no abonan el terreno de la desigualdad, sino que ponen a la estructura básica de la sociedad en una tendencia hacia la igualdad (Rawls, 1973: 100-108). La gran virtud del argumento de Rawls es que nos permite contemplar los tratamientos preferenciales en el orden de la justicia distributiva como formas de avanzar en una tendencia a la igualdad, y no como formas discretas, permanentes o deseables de desigualdad.

Lo que está a la base de este argumento de Rawls es, sin duda, el supuesto moral de que la posición en que se encuentra el sujeto representativo menos aventajado del orden social ha de convertirse en el indicador del nivel de justicia que alcanza una sociedad, por lo que las medidas diferenciadas que benefician a esta posición no puede considerarse como fomentadoras de desigualdad, sino, por el contrario, como de promoción del ideal de igualdad.

Es cierto que John Rawls no abordó el tema de la Acción afirmativa en sus textos canónicos *A Theory of Justice* de 1971 y *Political Liberalism* de 1993. Sin embargo, también es cierto que en su *Justice as Fairness. A Restatement* (2001) reivindicó la inclusión de los temas de raza y género como casos de la teoría no ideal de la justicia. Allí sostuvo que:

Los graves problemas que surgen de la discriminación y distinciones existentes basadas en el género y la raza no están en la



agenda [de la *Teoría de la justicia*], que consiste en presentar ciertos principios de justicia para luego contrastarlos con unos cuantos de los problemas clásicos de la justicia política en la medida en que estos serían formulados al interior de una teoría ideal. Esto es en efecto una omisión, pero una omisión no es un error, ni en esa agenda de trabajo ni en su concepción de la justicia... La justicia como imparcialidad... ciertamente sería muy deficiente si careciera de los recursos para articular los valores políticos esenciales para justificar las instituciones legales y sociales necesarias para garantizar la igualdad de las mujeres y de las minorías. (Rawls, 2001: 66)

En este sentido, Rawls no habría conceptualizado el tema de la Acción afirmativa por tratarse éste de una cuestión de índole política-estratégica, propia de las problemáticas de la teoría no ideal, como los temas de la desobediencia civil y la objeción de conciencia (tratados en la segunda parte de la *Teoría de la justicia*), aunque llegó a sostener que, en el marco de la teoría ideal, si bien las “posiciones representativas” de clase social y de igual ciudadanía tomadas como punto de referencia para evaluar la estructura básica de la sociedad son suficientes, en el marco de la teoría no ideal tales posiciones podían ampliarse en número. De este modo:

Algunas otras posiciones deben ser tomadas en cuenta. Supongamos, por ejemplo, que determinadas características naturales permanentes son tomadas como fundamento para asignar derechos básicos desiguales o para reconocer a algunas personas menos oportunidades; entonces tales desigualdades especificarán posiciones relevantes. Estas características no pueden ser cambiadas y, por ello, *las posiciones que ellas especifican constituyen puntos de vista desde*



los que la estructura básica debe ser juzgada. Las distinciones basadas en la raza y el género son de este tipo. (Rawls, 2001: 65)¹¹

Sobre la base de este argumento rawlsiano, es decir, conforme al criterio de la crítica a la desigualdad, Thomas Nagel sostiene que la inspiración que John Rawls aportó al discurso de la Acción afirmativa, a efecto de alejarla del discurso de la identidad y la mera afirmación de la diferencia, reside en la idea de que la injusticia que la Acción afirmativa debería combatir es una forma especial de falla de la igualdad justa de oportunidades, en la medida en que la raza o el género son causas aún más graves que la pobreza de la ausencia de plena igualdad de oportunidades. (Nagel, 2003: 84). En resumen, una igualdad justa de oportunidades, sobre la base de una visión incluyente y no reducida a lo económico de las posiciones sociales menos aventajadas, constituiría el contenido fundamental de la Acción afirmativa.

El inacabable debate de la Acción afirmativa

No obstante los aportes rawlsianos, cabe preguntarse en dónde reside la fuerza discursiva que subyace a esta circunscripción muy extendida de la no discriminación a una concepción llana de igualdad (paridad de trato o igualdad como trato igual o similar para todos al margen de sus atributos particulares moralmente irrelevantes). Acaso la respuesta más evidente puede encontrarse en el enorme consenso social acerca de lo que significa no discriminar y la poca claridad para contemplar el tratamiento preferencial o la acción afirmativa como políticas de la igualdad y no del privilegio. Como señala el propio Thomas Nagel:

¹¹ Énfasis añadido.



Primero, y sólo hasta hace poco tiempo, se llegó aceptar de manera generalizada que las barreras deliberadas contra la admisión de negros y mujeres a posiciones deseables debieran ser abolidas. Esta abolición de ninguna manera es completa y, por ejemplo, ciertas instituciones educativas pueden ser capaces de mantener durante algún tiempo cuotas limitantes para la admisión de mujeres; sin embargo, la discriminación deliberada es ampliamente condenada (Nagel, 1977: 4)

El propio Nagel señala que este amplio consenso de condena a la discriminación se extiende al reconocimiento de que la discriminación subsiste aún en ausencia de barreras o prohibiciones explícitas, lo que apoya los esfuerzos por desterrar las prácticas no explícitas de discriminación como las que constituyen la discriminación indirecta.¹²

Este amplio acuerdo llega incluso a avalar algunas medidas compensatorias para grupos que han sufrido discriminación en el pasado, bajo la forma de programas especiales de capacitación, apoyos financieros, guarderías, tutorías o becas de aprendizaje. Estas medidas se orientan a proporcionar calificación social y laboral a personas que deben sus reducidas oportunidades a la dis-

¹² Se llama “discriminación indirecta” a las exclusiones no explícitas de los integrantes de determinados grupos o de los grupos completos mediante la imposición de requisitos “generales” que sólo ciertos miembros privilegiados de la sociedad pueden cumplir. Por ejemplo, el solicitar “buena apariencia” para ciertos empleos, cuando la idea de belleza socialmente dominante es sólo la de un determinado grupo étnico, aplicar exámenes o pruebas estandarizadas en una lengua común a poblaciones con diversas competencias lingüísticas derivadas de su diferencia etnocultural u otorgar formalmente el derecho a estudiar a personas con discapacidad pero mantener las instalaciones educativas sin accesibilidad eficiente. También se ha denominado “discriminación estructural” a este mecanismo de exclusión, aunque el adjetivo estructural en esta discusión parece ser más adecuado para referirse no a las formas de discriminación indirecta sino a las relaciones estructurales de un orden social que ponen fuera de los derechos y oportunidades educativas, sanitarias y laborales a colectivos completos. Véase (Pincus, 1994).



criminación sufrida, ya sea por ellas mismas o, en el pasado, por la mayoría de quienes han integrado su grupo de adscripción.

Sin embargo, el acuerdo general sobre la no discriminación desaparece cuando se entra al terreno de lo que se puede entender como Acción afirmativa en su sentido específico. Dice Nagel:

En esta cuarta etapa encontramos una amplia división de opinión. Están, por una parte, los que piensan que nada adicional puede legítimamente hacerse en el corto plazo una vez que las desigualdades injustas de oportunidad remediabiles entre los individuos han sido enfrentadas: las irremediables son injustas, pero cualquier intento de contrabalancearlas mediante la discriminación inversa (*reverse discrimination*) serían también injustos, porque emplearía criterios irrelevantes. Por otra parte, están los que juzgan inaceptable en tales circunstancias permanecer con los criterios restringidos del desempeño exitoso y que creen que la admisión diferenciada o los estándares de contratación para los grupos peor situados están justificados porque de manera aproximada, pero sólo de manera aproximada, compensan las desigualdades de oportunidad generadas por la injusticia pasada. (Nagel, 1977: 6)

En este contexto, el mayor aporte teórico para una clarificación del papel del tratamiento diferenciado en cuanto al valor de la igualdad ha sido reconocido al argumento construido a este propósito por Ronald Dworkin. Sus textos sobre la justificación filosófica y la clarificación constitucional y legal de la acción afirmativa cumplen el requisito de postular al principio de trato preferencial como parte de una enunciación fuerte del principio de igualdad.

Si atendemos al punto de vista de Dworkin, la ruta del consenso empírico, a la que en alguna medida cede Nagel, no pare-



ce ser la más promisorio para arribar a una respuesta razonable respecto del valor del tratamiento preferencial en el terreno de la justicia. Como el mismo Dworkin ha señalado, la presencia de máximas y lugares comunes acerca de que “no se puede combatir el fuego con el fuego” o que nunca “el fin justifica los medios”, hace perder de vista la complejidad de una problemática social que tiene que ser entendida no sólo en su coherencia conceptual sino también en su dimensión histórica (Dworkin, 1985: 295).

Para Dworkin, uno de los malentendidos más frecuentes acerca de las políticas de Acción afirmativa reside en el supuesto de que si los negros o las mujeres “merecen” un tratamiento preferencial, se podría argumentar que no debería existir obstáculo para que otras minorías étnicas y sociales reclamen un merecimiento similar, lo que abriría el riesgo de que la sociedad pudiera entrar en un proceso de fragmentación y pérdida de normas comunes de justicia. En este caso, señala Dworkin, el problema está en el uso abusivo del término “merecimiento”, pues las políticas de Acción afirmativa no tienen que suponer que el tratamiento preferencial es merecido por quienes lo disfrutan, sino sólo que tales medidas contribuyen a solucionar problemas relevantes para toda la sociedad. En el caso de los criterios raciales o de género para determinar cuotas laborales o escolares, el propósito no es aumentar la conciencia de la raza en esos terrenos, sino justamente lo contrario, es decir, que la predeterminación étnica o de género no sean factores para la distribución de los individuos en el mercado de trabajo o en las posiciones educativas. Esto último, y no la conciencia de la raza, el color o el género, es el tipo de problema relevante para toda la sociedad que la Acción afirmativa ayudaría a resolver.

Por ello, Dworkin precisa un doble sentido contenido en la noción de igualdad, y que según él es determinante para una visión completa del fenómeno discriminatorio. Así, puede decirse



que existen, bajo el concepto de igualdad, dos maneras distintas de formular los derechos de no discriminación. (Dworkin, 1977: 226) La primera es el derecho a un “tratamiento igual”, que consiste en el derecho a una distribución igual de alguna oportunidad, recurso o carga. En este sentido, la no discriminación es igualitaria porque prohíbe establecer diferencias de trato arbitrarias basadas en el prejuicio y el estigma. En este caso, no discriminar significa tratar de la misma manera a todos: a un hombre y a una mujer, a una persona con capacidades regulares y a una con discapacidad, a un blanco y a un negro, a un homosexual y a un heterosexual.

Este primer contenido de la igualdad es un viejo conocido nuestro, y equivale a lo que se puede denominar “igualdad de trato”. Este contenido tiene, por ejemplo, una de sus plasmaciones más claras en la manera en que la justicia penal y otras formas de justicia procesal tienen que tratar a quienes están bajo su jurisdicción. Un juez no puede permitirse tratar mejor a un rico que a un pobre, a un hombre que a una mujer. Esta forma de igualdad tiene un poderoso efecto antidiscriminatorio, pues actúa bajo el criterio de que ninguna excepción o arbitrariedad está justificada, pues la norma legal debe ser establecida y aplicada como si fuera “ciega a las diferencias” entre las personas.

Tratar a las personas de igual manera equivale a la eliminación de las distinciones o exclusiones moralmente arbitrarias que están prohibidas por el principio llano de no discriminación. Obliga a dispensar a todos un trato similar o equivalente. La exigencia de tratamiento sin excepciones es necesaria para la vigencia social de la no discriminación, pero no es un criterio absoluto ni excluyente. Junto a esta idea de igualdad, es admisible otra forma de igualdad, capaz de admitir tratos diferenciados positivos o preferenciales, y que en ocasiones es tan necesaria que justifica la suspensión temporal del criterio de igualdad de trato.



Según Dworkin, la segunda forma de igualdad relacionada con el derecho a la no discriminación consiste en el “derecho a ser tratado como un igual”, que es el derecho, no a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio que los demás, sino a ser tratado con el mismo respeto y atención que cualquier otro. Esta forma de igualdad, que Dworkin denomina *igualdad constitutiva*, admite, e incluso exige, la consideración, como criterio de trato intersubjetivo, de las diferencias sociales y de las desventajas innecesarias, por lo que cabe en su ruta de ejercicio la ejecución de medidas de tratamiento diferenciado positivo a favor de los desaventajados por discriminación. Dice Dworkin:

... el derecho a ser tratado como un igual es fundamental, y el derecho a un tratamiento igual es derivativo. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como un igual puede implicar un derecho a un tratamiento igual, pero no en todas las circunstancias (Dworkin 1977: 227).

En este contexto, la igualdad derivativa, es decir, el tratamiento igual, tiene un carácter formal; exige, en efecto, que todas las personas sean tratadas “de la misma manera” y sin discriminación alguna, lo que supone una “protección igual y efectiva” para todas ellas, “incluyendo” en este trato a las personas tradicionalmente discriminadas por su pertenencia a un grupo estigmatizado. En este sentido, afirmar la no discriminación en el sentido formal de la igualdad se concreta en la exigencia de un trato igual para todas las personas.

Sin embargo, la igualdad como meta social y como ideal de una sociedad democrática (es decir, como valor compartido y no sólo como definición formal del trato del sistema legal con los ciudadanos) supone tratar a las personas como iguales en dignidad, derechos y merecimiento de acceso a las oportunidades



sociales disponibles. Como las condiciones sociales imponen siempre desafíos vitales injustos a las personas discriminadas y ello implica una suerte de interdicción práctica de sus derechos fundamentales, el valor de la igualdad sólo se podrá realizar para ellas si las medidas para hacer valer éste incluyen la presencia de “medidas compensatorias” de carácter especial, orientadas a estos grupos y ordenadas, estimuladas y supervisadas por el Estado. La igualdad constitutiva exige, entonces, que en algunos casos la sociedad aplique tratamientos diferenciados positivos, genuinas políticas de Acción afirmativa, que promuevan la integración social de las personas discriminadas y que les permitan aprovechar esos derechos y oportunidades a los que sí acceden, de manera regular, quienes no sufren de discriminación.

Considerando el mundo tal cual es, y no un modelo ideal donde todos tengan igualdad de oportunidades, lo que la desventaja de estos grupos exige es una “compensación” que les permita equilibrar la situación de debilidad competitiva que han padecido a lo largo del tiempo. Esta compensación tiene que consistir en una estrategia a favor de la igualdad en su sentido constitutivo, y por ello implicaría la aceptación de diferencias de trato para favorecer, temporalmente, a quienes pertenecen a los grupos vulnerables a la discriminación.

El argumento de Dworkin parece impecable. No es gratuito que los defensores de la Acción Afirmativa hayan encontrado en éste la fundamentación normativa que echaban de menos para criticar la reducción del principio de no discriminación al tratamiento homogéneo. Sin embargo, su desarrollo conceptual plantea un problema de fondo, a saber, el del propio carácter fundamental del tratamiento diferenciado y su equiparación, bajo ciertas circunstancias, con la igualdad constitutiva. En efecto, aunque esta crítica exigiría un mayor desarrollo, por ahora podemos apuntar que esta idea de Dworkin va a contracorriente



de las tradiciones intelectuales y políticas acerca de la igualdad, pues adjudica un carácter constitutivo al tratamiento desigual, así sea debido a una equivalencia temporal o coyuntural, mientras que hace derivativo al tratamiento equitativo o a la igualdad de trato, aun cuando pretenda que en la igualdad constitutiva se anidan las dos opciones de tratamiento. Recordemos que, para Amartya Sen, lo que caracteriza a todas las doctrinas de la igualdad es que postulan que los seres humanos somos o hemos de ser iguales en un sentido fundamental, mientras que el argumento de Dworkin se torna equívoco a este respecto, pues plantea como forma primigenia de la igualdad un cierto tipo de tratamiento inequitativo.

En mi opinión, nada perdería el argumento normativo de Dworkin a favor de la Acción afirmativa si, haciéndose eco de la visión rawlsiana sobre el derrotero futuro del tratamiento diferenciado orientado por el segundo principio de la justicia, contemplara como igualdad constitutiva sólo al tratamiento equitativo y situara a las medidas de tratamiento preferencial compensatorio como medios históricamente necesarios para alcanzar, en un registro con caducidad clara, las condiciones ideales de igualdad que se han socavado por la discriminación y la injusticia; es decir, que el tratamiento diferenciado se planteara como derivativo, aunque histórica y políticamente necesario, cabe decir, como parte de una teoría no ideal de la justicia.

En todo caso, la insistencia de Dworkin tanto en la necesidad de reconocer el registro histórico del daño de la discriminación como en la obligación normativa de un tratamiento diferenciado para alcanzar beneficios sociales equitativos sigue siendo un argumento poderoso y, en mi opinión, se mantiene incólume pese a su discutible noción de igualdad constitutiva.

Amy Gutmann, por su parte, ha contribuido de manera importante a este debate mediante la conceptualización de la dis-



tinción entre el ideal social de la justicia y la adecuación del trato diferenciado para alcanzar ese ideal. Gutmann señala que, en el caso del conflicto racial en Norteamérica, las estrategias de “indiferencia al color” (*color blindness*) no son necesariamente compatibles con un esquema de justicia adecuado, y que incluso la posibilidad de hacer posible este esquema reside en la aplicación de políticas “sensibles al color” (*color conscious*) (Gutmann 1998: 106-118). Gutmann desarrolla un argumento central en esta discusión: la crítica a la falacia de considerar que la estructura social no está moldeada por las prácticas de exclusión, abuso y discriminación del pasado y que, por lo tanto, las medidas basadas en la raza, el género u otros atributos particulares son arbitrarias e inversamente discriminatorias. Emplazando su argumento en la distinción de origen rawlsiano ya mencionada entre teoría ideal y teoría no ideal, Gutmann sostiene que la indiferencia al color no es un principio fundamental de justicia, aún cuando pudiera ser aceptado en una concepción ideal de equidad. Sin embargo, en la experiencia social real, el ideal de justicia equitativa sólo puede alcanzarse si se recurre a ciertas formas de tratamiento preferencial. Dice Gutmann:

Los principios abstractos de justicia son indiferentes al color. Esto no es sorprendente, dado que han sido construidos imaginando como debería lucir una sociedad justa. La aplicación justa de principios abstractos, en contraste, puede ser sensible al color. Esto no debería sorprendernos tampoco, porque una aplicación justa implica mirar con cuidado en una sociedad real más que imaginar o asumir el ideal. (...) la justicia misma puede exigir políticas sensibles al color, que no serían apropiadas en una sociedad justa. (Gutmann, 1998: 110)



El gran aporte del argumento de Gutmann a una justificación filosófica de la Acción afirmativa reside en su capacidad de defender la exigencia de tratamiento preferencial hacia grupos que han padecido discriminación en el pasado en vinculación orgánica con un concepto fuerte de igualdad, estableciendo una diferencia conceptual muy clara entre la definición ideal de la justicia y el sentido estratégico –aunque normativamente defendible– de los medios para reducir las injusticias reales.¹³

Esta idea fuerte de igualdad permite considerar a la Acción afirmativa como parte integral del discurso de la igualdad liberal concebida para una sociedad democrática y de bienestar y no como una forma de nueva discriminación (inversa o contraria). En este sentido, podemos afirmar que la justificación normativa de dicha política de tratamiento preferencial encuentra en el discurso liberal contemporáneo una fuente de argumentos persuasivos para afirmarse como un valor político, si no sustantivo, sí justificable por su relación con el valor sustantivo de la igualdad moderna propia de las democracias constitucionales de nuestra época.

Bibliografía

- ARAGÓN, M. (2005), “La Constitución como paradigma” en Carbonell, M (Comp.) (2005), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa.
- ARISTÓTELES [336 A.C.] (1977), *La Política en Obras*, Madrid Aguilar.

¹³ Una línea de argumentación similar puede leerse en los trabajos de Owen Fiss. Para este autor, el principio de igual protección de la ley sólo puede entenderse de manera correcta en relación con un principio de desventaja grupal, que lleva a la legitimación del tratamiento preferencial para los grupos estructuralmente débiles. Véase (Fiss, 1977).



- Carbonell, M. (2004), *Igualdad y Constitución*, México, CONAPRED.
- CARBONELL, M (Comp.) (2005), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa.
- COHEN, C. y STERBA, J. P. (2003), *Affirmative Action and Racial Preference. A Debate*, EUA, Oxford University Press.
- Cohen, M., Nagel, T. & Scanlon, T. (Eds.) (1977), *Equality and Preferential Treatment*, A Philosophy & Publics Affairs Reader, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth.
- (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- FINLEY, M. I. (1983), *Politics in the Ancient World*, Great Britain, Cambridge University Press.
- FISS, O. (1977), “Groups and the Equal Protection Clause” en Cohen, M., Nagel, T. & Scanlon, T. (Eds.) (1977), *Equality and Preferential Treatment*, A Philosophy & Publics Affairs Reader, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- GLAZER, N. (1978), *Affirmative Discrimination. Ethnic Inequality and Public Policy*, New York, Basic Books.
- GREENAWALT, K. (1983), *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York: Borzoi Books in Law and American Society.
- GROSS, B. S. (Ed.), (1977), *Reverse Discrimination*, New York, Prometheus Books.
- GUTMANN, A. (Ed.) (1994), *Multiculturalism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- (1998), “Responding to racial Injustice” en Appiah, K. A y Gutmann, A. (1998), *Color Conscious. The Political Morality of Race*, Princeton, N. J., Princeton University Press.
- JOHNSON, L. B. (President), (1965) “To Fulfill These Rights: Commencement Address at Howard University” en Beck-



- with, F. J. and Jones, T. E. (Eds.) (1997) *Affirmative Action. Social Justice or Reverse Discrimination?*, Amherst, New York: Prometheus Books.
- KENNEDY, J. F. (President) (1961), *Executive Order 1092, Establishing the President's Committee on Equal Employment Opportunity*, en *National Archives*, <http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/1961-kennedy.html>
- LACLAU, E. (1995), "Universalismo, particularismo y el tema de la identidad" en *Revista Internacional de Filosofía Política* 5, Barcelona, UAM-UNED, Anthropos.
- LUKES, S (1993), "Five Fables About Human Rights", en Shute, S. & Hurley, S. (Editors) (1993), *On Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures 1993, New York, Basic Books.
- MARABLE, M. (1996), "*Staying on the Path to Racial Equality*" en Curry, G. E. (Editor) (1996), *The Affirmative Action Debate*, Cambridge, Mass., Perseus Publishing.
- NAGEL, T. (1977), "Equal Treatment and Compensatory Discrimination" en Cohen, M., Nagel, T. & Scanlon, T. (Eds.) (1977), *Equality and Preferential Treatment*, A Philosophy & Public Affairs Reader, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- (2003), "John Rawls and Affirmative Action" en *The Journal of Blacks in Higher Education*, Primavera de 2003.
- PINCUS, F. (1994), "From Individual to Structural Discrimination" en Pincus, F. L. y Ehrlich, H. J. (1994), *Race and Ethnic Conflict. Contending Views on Prejudice, Discrimination and Etnoviolence*, Boulder, San Francisco / Oxford, West View Press.
- POJMAN, L. P. (1997), "The Moral Status of Affirmative Action" en Beckwith F. J. and Jones, T. E. (Eds.) (1997) *Affirmative Action. Social Justice or Reverse Discrimination?*, Amherst, New York: Prometheus Books.



- RAWLS, J. (1973) *A Theory of Justice*, New York, Oxford University Press.
- (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, Mass y Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.
- REY MARTÍNEZ, F. (2005), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Conapred.
- ROEMER, J. E. (1998), *Equality of Opportunity*, Cambridge, Mass./ London, England, Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, J (2004), “Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad” en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 23, Barcelona, Anthropos.
- (2005), “Definición y concepto de la no discriminación”, *El Cotidiano*, 34, México, UAM-A.
- (2006), Rodríguez Zepeda, Jesús, “Una idea teórica de la no discriminación” en Carlos de la Torre (Coord.) (2006), *Derecho a la no discriminación*, México, IIJ-UNAM.
- SANTIAGO JUÁREZ, M. (2007), *Igualdad y acciones afirmativas*, México, IIJ-UNAM, CONAPRED.
- SEN, A. (1992), *Inequality Reexamined*, New York, Harvard University Press.
- SHUTE, S. & Hurley, S. (Editors) (1993), *On Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures 1993, New York, Basic Books.
- SOWELL, T. (1997), “From Equal Opportunity to Affirmative Action”, en Beckwith, F. J. y Jones, T. E. (eds) (1997), *Affirmative Action: Social Justice or Reverse Discrimination?* Amherst, New York, Prometheus Books.
- (2004), *Affirmative Action Around the World. An Empirical Study*, New Haven & London, Yale University Press.
- STERBA, J. P. (2003), “Defending Affirmative Action, Defending Preferences” en Cohen, C. y Sterba, J. P. (2003), *Affirmative Action and Racial Preference. A Debate*, EUA, Oxford University Press.



- TAYLOR, C. (1994), “The Politics of Recognition” en Gutmann, A. (Ed.) (1994), *Multiculturalism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- WASSERSTROM, R. (1977), “A Defense of Programs of Preferential Treatment” en Beckwith, F. J. and Jones, T. E. (Eds.) (1997) *Affirmative Action. Social Justice or Reverse Discrimination?*, Amherst, New York: Prometheus Books.





La acción afirmativa: una estrategia polémica desde las concepciones de la justicia pero necesaria como garantía de ejercicio de derechos humanos

Tatiana Rincón-Covelli

En su origen, en el derecho norteamericano, la acción afirmativa responde, inicialmente, a una política pública orientada a crear iguales condiciones de acceso a ciertos derechos –en particular, el trabajo y la educación superior- de poblaciones históricamente oprimidas y excluidas del reconocimiento de la calidad de ciudadanos y/o del ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos. La acción afirmativa, en la forma en que fue concebida en Estados Unidos por la administración del Presidente John Fitzgerald Kennedy¹ y de su sucesor, el Presidente Lyndon B. Johnson,² pretendía ser un medio que

¹ Ver, Executive Order No. 10925. Establishing The President's Committee On Equal Employment Opportunity, March 6, 1961. Disponible en <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>

² Ver, Executive Order 11246. Equal Employment Opportunity, September 24, 1965. Esta Orden Ejecutiva ha tenido varias reformas. Disponible en <https://www.dol.gov/ofccp/regs/statutes/eo11246.htm>



permitiera igualar, en el punto de partida, a todos los ciudadanos norteamericanos. Con ella se buscaba crear igualdad de oportunidades para todos,³ partiendo de un doble supuesto: en primer lugar, el reconocimiento de siglos de esclavitud y opresión de las personas afroamericanas y la existencia de condiciones sociales e institucionales de discriminación derivadas de ese pasado que hacían ilusoria la igualdad de oportunidades;⁴ y, en segundo lugar, el reconocimiento de la existencia de condiciones sociales e institucionales de discriminación que afectaban a otras personas o grupos en razón de sus creencias, color, y origen nacional⁵ y que, asimismo, anulaban la igualdad de oportunidades. A estas categorías protegidas contra la discriminación por la política de acción afirmativa se sumó, con posterioridad, la del sexo.⁶

De este modo, la acción afirmativa, en su origen, estuvo vinculada de manera directa, como estrategia, a la lucha contra la discriminación en el ejercicio de derechos, y, en forma indirecta pero explícita, a una concepción de la justicia fundada en el principio de igualdad de oportunidades.

Esta doble vinculación ha tenido efectos en la manera distinta en que, con posterioridad a su implementación, la acción afirmativa ha sido tratada, de un lado, desde las interpretaciones

³ Al respecto, en la Executive Order No. 10925 se contempla expresamente, en sus considerandos, lo siguiente: “ (...) it is the policy of the executive branch of the Government to encourage by positive measures equal opportunity for all qualified persons within the Government; (...) and WHEREAS a review and analysis of existing Executive orders, practices, and government agency procedures relating to government employment and compliance with existing non-discrimination contract provisions reveal an urgent need for expansion and strengthening of efforts to promote full equality of employment opportunity (...).”

⁴ Al respecto, U.S Commission on Civil Rights (1977).

⁵ Al respecto, Executive Order No. 10925. Part II-Nondiscrimination in Government Employment.

⁶ La prohibición de la discriminación basada en el sexo se incluyó en la Executive Order 11246 en una reforma de 1967.



del principio de igualdad de oportunidades, y, del otro, desde la idea de la acción afirmativa como medida necesaria para superar la discriminación en el ejercicio de derechos. Lo que trataré de desarrollar en este artículo es que la primera aproximación, fundada expresa o tácitamente en una concepción de la justicia, ha producido tensiones en el uso de la acción afirmativa que se han expresado en el enfrentamiento entre los defensores y los contradictores de esta estrategia. Paradójicamente, la segunda aproximación, centrada solo en la idea de la acción afirmativa como medio para superar condiciones de discriminación o de injusticia histórica en el ejercicio de derechos, ha llevado a una aceptación más tranquila de la medida por los organismos internacionales de derechos humanos.

Lo que estas dos aproximaciones parecen mostrar es que cuando la acción afirmativa se vincula expresa o implícitamente a *concepciones de la justicia* su uso se torna problemático, mientras que cuando se la vincula solo a la garantía del *ejercicio no discriminatorio e igualitario de derechos humanos* su uso se acepta de manera más pacífica. En el primer caso, la vinculación de la acción afirmativa a logros de una concepción de la justicia fundada en principios de igualdad –principio de igualdad de oportunidades, como sucede en el derecho de Estados Unidos de América, o principio de igualdad de trato, como acontece en el derecho europeo– problematiza su uso, en la medida en que a través del mismo se enfrentan diferentes concepciones de la justicia materializadas en comprensiones distintas del sentido del principio de justicia que se considera, fundamenta, en última instancia, el uso y defensa de la acción afirmativa.⁷ En el

⁷ Para esta aproximación, estoy siguiendo a Rawls (1995), cuando él señala que los desacuerdos en concepciones de justicia son desacuerdos sobre principios de justicia: “Los hombres están en desacuerdo acerca de cuáles principios debieran definir los términos básicos de su asociación. No obstante podemos decir que a pesar del desacuerdo cada uno tiene una concepción de la justicia. Esto es, que entienden la ne-



segundo caso, aun cuando los organismos internacionales de derechos humanos invocan, junto al principio de no discriminación, el principio de igualdad de trato frente a la ley y también el principio de igualdad de oportunidades -para justificar el uso de la acción afirmativa-, la ausencia en el derecho internacional de un enfrentamiento de interpretaciones sobre el sentido de estos principios ha llevado a una aceptación más pacífica de la acción como una estrategia –incluso necesaria– para lograr la superación de situaciones discriminatorias que imposibilitan el ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos protegidos por instrumentos internacionales de derechos humanos. En ambas aproximaciones, el fundamento último del uso de la acción afirmativa son principios de igualdad. No obstante, en la segunda aproximación, la ausencia de una disputa conceptual en el derecho internacional de los derechos humanos sobre esos principios ha liberado a la acción afirmativa de la carga de sospecha que parece tener cuando se la valora desde ciertas concepciones de la justicia.

Para presentar estas dos aproximaciones, seguiré, en primer lugar, la argumentación de Herron (2010) sobre la distinción, fundada en principios, entre la *acción afirmativa* en el derecho de los Estados Unidos de América y la *acción positiva* en el derecho del Reino Unido; y, en segundo lugar, seguiré varios pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos sobre la necesidad de las medidas de acción afirmativa para la superación de condiciones de injusticia histórica o de discriminación. Al final, haré algunas reflexiones a modo de conclusión.

cesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos y que determinen lo que consideran ser la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social, y que están dispuestos a afirmar tales principios” (p.21).



La distinción entre acción afirmativa y acción positiva: una distinción entre interpretaciones de principios de justicia

La expresión *acción afirmativa* tuvo su origen en el derecho de los Estados Unidos de América, tanto en las órdenes ejecutivas de varios Presidentes como en la legislación y en la jurisprudencia de cortes de apelación y de la Corte Suprema de Justicia (Ramos Martín, 2014; Ziliani, 2011). La expresión *acción positiva*, es, a su vez, la expresión usada en el derecho del Reino Unido (Herron, 2010) y también en el derecho europeo (Barrère Unzueta, 2002). Esta diferencia no responde a nombres distintos usados para designar un mismo fenómeno,⁸ sino que da cuenta de la existencia de fenómenos con alcances, objetivos y fundamentos distintos.

En el contexto del derecho norteamericano, la acción afirmativa está ligada de manera muy estrecha, en su origen, a la discriminación racial, mientras que en el derecho europeo la acción positiva ha estado vinculada de manera más directa a las desigualdades de trato que afectan a las mujeres (Barrère Unzueta, 2002: 7-9). Aun cuando tanto la acción afirmativa como la acción positiva se han extendido, en su uso, a otros grupos afectados por prácticas discriminatorias⁹ o de trato desigual,¹⁰

⁸ Algunos autores, entre ellos, Barrère Unzueta (2002), han considerado que la expresión “acción positiva” es la traducción de la expresión “affirmative action”. Sin embargo, en Gran Bretaña, como se verá más adelante, la expresión usada, en inglés, es la de “positive action” y no la de “affirmative action”.

⁹ Por ejemplo, en Estados Unidos, la Civil Rights Act de 1964, modificada por la Equal Employment Opportunity Act de 1972, contempla como categorías protegidas, para el acceso y permanencia igual en el trabajo, la raza, el color, la religión, el género o el origen nacional de la persona.

¹⁰ Por ejemplo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En la Directiva se establece que la



sus vínculos originarios siguen determinando o afectando el uso de la acción y el sentido que se da a la misma. En el caso de la acción afirmativa, ese nexo originario se expresa, entre otras formas, en la discusión aún no superada en torno a cómo entender el objetivo de construir, en términos de igualdad, una sociedad “color blind”.¹¹ Herron sostiene, en ese sentido, que la acción afirmativa en Estados Unidos “continúa dando prioridad al trato preferencial de minorías étnicas, mayoritariamente afroamericanas, y sólo de manera vacilante se expande a otras áreas en medio de la oposición a esa expansión” (2010: 7). De acuerdo con esta autora, el enfoque de la acción afirmativa orientado a beneficiar mayoritariamente a los afroamericanos “revela el grado en que Estados Unidos aún siente una deuda con las personas de este grupo racial por la discriminación que ellas sufrieron durante y después de la esclavitud” (Herron, 2010: 8). En el caso de la acción positiva, su extensión a las desigualdades de trato que

misma “tiene por objeto establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato”.

¹¹ La U.S Commission on Civil Rights hizo expresa, desde sus documentos de los años 80 del siglo pasado, la discusión que existía en torno a la manera de entender este objetivo. Así, en el documento dedicado al análisis del uso de la acción afirmativa como medio para remediar la discriminación basada en la raza, el sexo y el origen nacional, dijo lo siguiente: “Controversy and confusión have surrounded certain elements of affirmative action and affirmative action plans. On the surface they seem paradoxical and at odds with the goal of a “color blind” America that makes its decisions without reference to race, sex, or national origin. How can means that consciously use race, sex, and national origin be reconciled with ends that preclude any consciousness of race, sex, and national origin?” (U.S. Commission on Civil Rights, 1981:3). En relación con esta discusión, puede verse Kull (1992), y para una aproximación más actual al debate, puede verse Bollinger (2016), Catanese (2011) y Plous (2003). Puede ser también interesante, al respecto, leer la transcripción de los argumentos orales presentados en diciembre de 2015 ante la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en uno de los últimos casos sobre acción afirmativa, el *Caso Abigail Noel Fisher v. University of Texas*. Disponibles en http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-981_4h25.pdf



afectan a grupos étnicos o raciales no ha eliminado su vínculo inicial con las desigualdades de trato sufridas por las mujeres. Ese nexo se mantiene vivo en la normativa europea y en la jurisprudencia de las cortes europeas, así como en las discusiones teóricas que se han dado sobre las mismas (Otero García, 2002; Ramos Martín, 2014).¹²

Ahora bien, la extensión o alcance distinto y variable de la acción afirmativa y de la acción positiva no es lo que parece definir, en lo esencial, la diferencia en la comprensión y el uso de las dos acciones. En el fondo, lo que parece distinguirlas está en los principios que las fundamentan, los que, a su vez, inciden en los diferentes objetivos y alcances que tienen ambas acciones. Barrère Unzueta ha dicho, al respecto, que la acción afirmativa se vincula a la noción de igualdad como “integración” en el trabajo o en instituciones y al *principio de igualdad de oportunidades*; y la acción positiva se vincula, por su parte, al *principio de igualdad de trato* entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al

¹² Aun cuando se habla de la acción positiva, de manera más amplia, en relación con situaciones de desigualdad por razón del género o de pertenencia a minorías étnicas o raciales, los análisis se han centrado en las decisiones de la Corte Europea de Justicia, que se ha pronunciado, principalmente, en casos relacionados con igualdad de trato entre hombres y mujeres. Al respecto, entre otros, European Court of Justice. Case C-450/93, *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, 17 October 1995; Case C-409/95, *Marschall v Land Nordrhein- Westfalen*, 11 November 1997; Case C-158/97, *Badeck v. Hessischer Ministerpräsident*, 28 March 2000; Case C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, 6 July 2000; y Case C-559/07, *Commission v. Greece*, 26 March 2009. La normativa europea relacionada con la igualdad de trato de otros grupos conserva siempre una referencia a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Al respecto, por ejemplo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que, en su considerando 14, contempla: “En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.



empleo, a las condiciones de trabajo, a la formación y a la promoción profesionales (2002: 5 y 7).

Ambos principios, el de *igualdad de oportunidades* y el de *igualdad de trato*, son principios de justicia que ofrecen concepciones distintas de lo que debería ser una sociedad justa¹³ y, de ese modo, determinan los objetivos e, incluso, la pertinencia o no de la acción afirmativa o de la acción positiva. Intuitivamente, los autores y autoras que enfocan el análisis de estas acciones en uno de los dos principios o en ambos tienden a esbozar, en sus aproximaciones, el ideal de sociedades justas, a cuya concreción contribuiría la acción afirmativa o la acción positiva como medio que permitiría superar la discriminación que impide la materialización del principio de igualdad (Goshu, 2013:153-157; Ramos Martín, 2014: 21-25; Ziliani, 2011:79). La cuestión está, en que, como lo deja ver la propuesta de Barrère Unzueta, el enfoque centrado en los principios de justicia hace explícito el enfrentamiento entre concepciones de sociedad justa, y ese enfrentamiento afecta la comprensión que se tiene de la acción afirmativa o de la acción positiva. Barrère Unzueta propone lo siguiente:

La acción positiva ha de estar dirigida a combatir la subordinación o discriminación estructural o de status que sufren ciertos grupos. Esto implica, en primer lugar, concebirla como un instrumento encaminado a erradicar un fenómeno más profundo que la mera desigualdad de trato (lo que en la cultura jurídica se entiende por discriminación directa o indirecta); en segundo

¹³ Las teorías de la justicia que proponen a uno u otro de estos dos principios, como el principio de justicia que legitima o fundamenta un orden social justo, ofrecen no solo una concepción distinta de la justicia, sino también del orden social que responde a esa concepción. Se puede ver, Rawls (1995:19-73). Aquí, Rawls muestra cómo la opción por diferentes principios de justicia determina la diferencia en las teorías de la justicia. En un sentido similar, Sen (2009:33-58).



lugar, la necesidad de sobrepasar en su desarrollo el recurso al principio de igualdad de oportunidades (por implicar competitividad y asimilacionismo); en tercer lugar, (...) que se opere sobre el mismo una redefinición que evite los inconvenientes de su opacidad y de una tradicional ambigüedad que conduce (...) a ocultar tanto las dificultades y tendenciosidades inherentes a la concreción de lo que significa “igualdad en los puntos de partida” como la pérdida de virtualidad del mismo si de la igualdad de los puntos de partida se desvincula la relativa a los “puntos de llegada” (2002:24).

La propuesta de Barrère Unzueta evidencia dos cuestiones, ambas relacionadas con diferencias en la comprensión de los principios y, en lo que, al final, podría ser una sociedad justa basada en esos principios. La primera cuestión, es el fin que ella atribuye a la acción positiva (Barrère Anzueta habla desde el contexto europeo) como una estrategia que debe estar orientada a lograr cambios estructurales en las condiciones de discriminación. La segunda cuestión, es el sentido que ella considera debe darse a los principios a los que la acción positiva sirve. Si el objetivo del uso de la acción positiva es lograr una superación estructural de la discriminación, los principios de igualdad que fundamentan la acción positiva no deberían ser aquellos que no responden a lo profundo (estructural) de la discriminación; por tanto, no podrían ser ni el principio de igualdad de trato entendido en un sentido formal-jurídico ni el principio de igualdad de oportunidades, que deja intactas las prácticas de competitividad y asimilacionismo que estarían supuestas en una comprensión del principio como igualdad en el punto de partida. La demanda de Barrère Unzueta parece ser por un principio de justicia distinto que garantice la igualdad en los puntos de llegada y que, en esa medida, fundamente adecuadamente una acción positiva



orientada a la eliminación de las estructuras de discriminación o que soportan y reproducen la discriminación.

Una aproximación similar a la de Barrère Unzueta la tiene Ramos Martín, para quien (también, desde el contexto europeo) las medidas de acción positiva –relacionadas con las desigualdades existentes entre hombres y mujeres– deberían estar orientadas a alcanzar una igualdad de facto y a lograr una ruptura con la división social de roles basada en el género que perpetúa la desigualdad (Ramos Martín, 2014:24). En su caso, al igual que sucede con la propuesta de Barrère Unzueta, el logro del objetivo atribuido a la acción positiva solo será posible si las medidas de acción positiva van más allá de la igualdad de oportunidades y se enfocan, de manera más radical, en lograr una sociedad sustantivamente más igualitaria.

Estas aproximaciones a la acción afirmativa o a la acción positiva, desde principios de justicia, parecen mostrar que no solo el alcance, sino, sobre todo, el objetivo o finalidad de estas acciones están afectados o determinados por la comprensión distinta que se tenga de esos principios. Barrère Unzueta y Ramos Martín evidencian, en sus propuestas, que puede haber una comprensión diferente del rol atribuido a la acción positiva, dependiendo del principio de justicia que se invoca o del sentido que se atribuye a ese principio de justicia. Un sentido formal del principio de igualdad de trato o una comprensión del principio de igualdad de oportunidades que lo restrinja a la igualdad en el punto de partida, serán insuficientes para fundamentar un uso de la acción positiva o de la acción afirmativa orientado a la transformación estructural (en el lenguaje de Barrère Unzueta) o radical (en el lenguaje de Ramos Martín) del orden social. Ambas autoras reclaman por principios sustantivos y no formales de justicia, y por principios que garanticen un orden social justo desde el punto de partida hasta el punto de llegada.



Herron (2010) ha analizado este enfrentamiento entre principios de justicia o sentidos distintos de un mismo principio de justicia, para mostrar cómo esas concepciones distintas de los principios de justicia son las que explican los diferentes alcances y objetivos que tienen, en la misma tradición del derecho anglosajón, la acción afirmativa y la acción positiva. Su análisis es importante porque, de una parte, supera la aproximación más intuitiva de autoras como Barrère Unzueta y Ramos Martín y entra a analizar los principios; y, de otra, porque muestra que la diferencia de las dos acciones –affirmative action y positive action– no es una diferencia originada en tradiciones jurídicas sustancialmente diferentes –la norteamericana y la europea–, sino una diferencia de fundamentación, una diferencia en la comprensión de los principios de justicia que justifican el uso de esas acciones. Esa diferencia en la fundamentación explica por qué, aún dentro de una misma tradición jurídica –la del derecho anglosajón– y compartiendo parecidos de familia, las dos acciones son tan diferentes en sus objetivos y alcance. La explicación de Herron ayuda también a comprender por qué en la tradición del derecho europeo sus cortes (la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos) pueden moverse, respecto de la acción positiva, entre extremos: el que le atribuye a la acción positiva un rol en la superación de la discriminación estructural y en la garantía de la igualdad en el punto de llegada,¹⁴ y el que, por el contrario, le atribuye un rol solamente en la garantía de la igualdad de oportunidades entendida como igualdad en el punto de partida.¹⁵

¹⁴ En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha considerado conformes al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales medidas de acción positiva orientadas a superar condiciones estructurales de desigualdad de trato entre mujeres y hombres. Al respecto, entre otras, ECHR. *Runkee and White v United Kingdom*. (Applications nos. 42949/98 and 53134/99). Judgment. Strasbourg, 10 May 2007. Final, 25 October 2007.

¹⁵ En este sentido, la sentencia *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* de 17 de octubre de 1995 de la Corte Europea de Justicia y los amplios debates que produjo. En



Herron sostiene que los marcos normativos que determinan en cada uno de los dos países, Estados Unidos y Reino Unido, lo que está permitido a la acción afirmativa o a la acción positiva, se soportan en un conjunto de principios sociales y jurídicos. Las diferencias sustanciales en el contenido del núcleo de esos principios llevan a comprensiones distintas de lo que es la igualdad de oportunidades en cada país y de lo que, en consecuencia, es permitido o no a la acción afirmativa o a la acción positiva (2010:24).

El núcleo de ese conjunto de principios lo conforma, según Herron, en los dos países, el *principio de igualdad*. Es en torno a este principio que giran, en Estados Unidos, las distintas posiciones a favor y en contra de la acción afirmativa. Una posición, defensora del sentido del principio de igualdad *como igualdad formal de trato o igualdad ante la ley*, favorece, según la autora, una comprensión formal y estrecha del objetivo y alcance de la acción afirmativa.

esta sentencia, la Corte Europea de Justicia consideró que una Ley del estado de Bremen, en Alemania, era contraria al principio de no discriminación que rige el derecho de la Unión Europea porque establecía, como estrategia para superar la desigualdad de trato entre hombres y mujeres, que la condición de ser mujer contaba como un factor a favor para acceder a cargos en áreas de trabajo en donde las mujeres estaban sub-representadas cuando la mujer aspirante –igualmente cualificada o con una formación y capacitación igual– competía con colegas hombres. La Corte Europea de Justicia consideró que la acción positiva así regulada, en la medida en que concedía automáticamente prioridad a la mujer, era una medida discriminatoria y, por tanto, prohibida. De acuerdo con la sentencia de la Corte, la acción positiva no está concebida, en el marco de la Unión Europea, para lograr, por sí misma, la igualdad plena en el punto de llegada (o, en las palabras de la Corte, la igualdad como resultado), sino para garantizar condiciones de igualdad, para todos, en el punto de partida (o, en las palabras de la Corte, igualdad de oportunidades). En esta medida, la acción positiva debe garantizar la igualdad formal de todos, hombres y mujeres, ante la ley y la eliminación de cualquier forma de discriminación como forma de garantizar la igualdad de oportunidades. Para el debate que siguió a la sentencia *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, se puede ver, entre otros, Donahue (1998) y Molinari (2012).



Esta posición es la que Herron considera se ha afianzado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y, también, en sectores de la sociedad y de la academia.¹⁶ Conforme a esta posición, la acción afirmativa no podría ir, en ningún caso, en contra de la igualdad formal de trato exigida por el principio de igualdad de *todos* ante la ley, incluidos tanto los grupos mayoritarios como las minorías y las mujeres, y, por tanto, no podría legítimamente establecer diferencias de trato con el fin de garantizar a grupos histórica o estructuralmente marginados o desventajados la posibilidad de alcanzar una igualdad efectiva o auténtica de oportunidades.¹⁷ La autora considera que esta inter-

¹⁶ Un referente de esta posición es Richard Sander. Sander (2004), trató de mostrar cómo las medidas de acción afirmativa (medidas de ingreso preferente) en las Facultades de Derecho en Estados Unidos en favor de las personas afrodescendientes no lograban realmente mejorar su condición ni posición en las Facultades y, por el contrario, propiciaban bajos rendimientos y una baja cualificación de los estudiantes afrodescendientes comparados con los estudiantes blancos. Según Sander, esta situación no se daría si las personas afrodescendientes fueran tratadas, en el ingreso a las Facultades de Derecho, de manera igual a como son tratadas las personas blancas. Una aproximación similar a los efectos negativos de la acción afirmativa la sostiene Gryphon (2005), para quien los esfuerzos en la superación de las desventajas que sufren las personas afroamericanas deberían estar, no en las medidas preferenciales para el ingreso o en las cuotas, sino en dotar de capacidades a los estudiantes afroamericanos en la preparatoria y en el cambio de los criterios de selección en las Universidades.

¹⁷ Esta posición se articula en torno a una interpretación literal de la catorceava enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de América que, según los autores, empezó a afianzarse después del histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Brown v. Board of Education* de 17 de mayo de 1954, en el que la Corte Suprema abandonó la doctrina de “iguales pero separados” asentada desde el caso *Plessy v. Ferguson* de 1896. En los casos posteriores al caso *Brown*, entre ellos, el caso *Regents of the University of California v. Bakke*, la posición de la Corte Suprema empezó a modificarse, hacia una postura de lectura literal de la cláusula contenida en la enmienda que favorece una interpretación “color blind” de la misma, es decir, que elimina cualquier referencia al color, al origen étnico o la condición previa de esclavitud, como criterios legítimos para la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o sub-representados. Al respecto, además del detallado análisis de Herron (2010), el análisis más jurídico de Bollinger (2016).



pretación del principio de igualdad expresa una tendencia de la sociedad norteamericana al “conservatismo judicial”, que limita los objetivos buscados con la acción afirmativa –lograr igualdad de oportunidades– al no permitir tratamientos diferentes para grupos históricamente discriminados (desventajados o sub-representados) o que pone en cuestión el propio uso de la acción (Herron, 2010: 27-30).¹⁸

Contraria a esta posición, y a la interpretación del principio de igualdad como igualdad formal de trato, Herron identifica otra posición: la que interpreta el principio de igualdad como *igualdad sustantiva*. Según Herron, esta interpretación del principio de igualdad permite a la acción afirmativa establecer diferencias de trato con el fin de alcanzar la igualdad no solo en el punto de partida (igualdad formal de oportunidades) sino, sobre todo, en el punto de llegada (igualdad en el resultado) (Herron, 2010: 32).

Esta segunda posición, que atribuye al principio de igualdad un sentido de igualdad sustantiva, es la que Herron considera ha sido recogida en la legislación sobre discriminación y acción positiva en el Reino Unido. De acuerdo con esta interpretación del principio de igualdad, la estrategia o política de acción positiva puede legítimamente: 1) identificar y nombrar los grupos que han sufrido o sufren experiencias de desventaja o de sub-representación y, en este sentido, separarse de la interpretación formal del concepto de “color blind”, y 2) orientarse a prevenir o a compensar experiencias históricas de desventaja o de sub-representación en favor de diferentes grupos y a atender necesida-

¹⁸ La lectura conservadora o liberal de los principios de justicia tiene un peso muy importante en la tradición del derecho de los Estados Unidos de América y es de especial relevancia para la sociedad norteamericana. Al respecto, ver, Dworkin (2004), y los debates de Dworkin con el Juez de la Corte Suprema de Justicia Antonin Scalia, Dworkin (2007: 135-157).



des específicas de estos grupos.¹⁹ Lo anterior es posible, porque la acción positiva responde, según esta posición y conforme al principio de igualdad sustantiva, al objetivo de lograr una igualdad de todos en el resultado y no solo una igualdad formal en el punto de partida (Herron, 2010: 39-40).

De acuerdo con el análisis de Herron, se podría sostener que el debate en torno a los objetivos y alcance de la acción afirmativa y también de la acción positiva es un debate, en el fondo, en torno a principios de justicia y a concepciones de sociedad justa.²⁰

La defensa de la acción afirmativa como estrategia orientada a compensar a ciertos grupos por injusticias pasadas (expresadas en desventajas y sub-representación) y a garantizar a esos grupos igualdad de acceso a bienes o recursos necesarios para alcanzar efectivamente una igualdad de oportunidades sustantiva o auténtica (Deutsch, 1977; Sturm y Guinier, 1996), parece estar fundada en una comprensión del principio de igualdad como igualdad sustantiva o igualdad en los puntos de llegada. Por su parte, una comprensión restringida de la acción afirmativa, que la limita a medidas que garanticen iguales condiciones de acceso a grupos mayoritarios y minoritarios o a grupos no excluidos y excluidos de representación social y política (lo que equivaldría a una “equidad o justicia” entendida como “igualdad”)²¹, o que considera que la acción debería dejar de ser usada para garantizar a todos igualdad de trato ante la ley (Thernstrom

¹⁹ Esta es la forma en que, en el Reino Unido, está regulada la acción positiva en la Equality Act de 2010.

²⁰ Para un profundo análisis de la acción afirmativa y su relación con la justicia y con las diferentes concepciones de una sociedad justa, puede verse, Rabe (2001).

²¹ En el debate sobre la acción afirmativa, Sturm y Guinier (1996) caracterizan esta concepción de equidad o justicia como “sameness equals fairness”. Las dos autoras se separan de esa concepción y defienden una concepción que caracterizan como “fairness as equal access and opportunity” (981).



y Thernstrom, 1999), parece estar basada en una interpretación del principio de igualdad de oportunidades como igualdad en el punto de partida o en un sentido formal del principio de igualdad de trato.

De ser así, la discusión y las diferencias de aproximación en torno a la acción afirmativa no podrían ser resueltas y conciliarse, porque ellas expresan una discusión mucho más profunda sobre lo que es o no es una sociedad justa. La posición que han asumido los organismos internacionales de derechos humanos parece terciar en este debate. Aun cuando estos organismos han optado –como se verá en el punto siguiente– por un sentido del principio de igualdad, han eludido la discusión sobre ese sentido y sobre la concepción de la justicia que respondería al mismo, y han centrado la valoración de la acción afirmativa o de la acción positiva en su pertinencia para lograr un ejercicio efectivo en condiciones de igualdad de derechos humanos de parte de grupos que sufren discriminación. En esta aproximación, que trataré de desarrollar en el punto siguiente, el centro del análisis está en el ejercicio de los derechos humanos y en las medidas que los Estados deben tomar, de acuerdo a sus obligaciones internacionales, para garantizarlo.

La acción afirmativa: una estrategia necesaria en la garantía de derechos humanos²²

En los tratados internacionales de derechos humanos no existe una definición de la acción afirmativa o de la acción positiva,²³

²² En este punto del escrito, las citas de los documentos de organismos internacionales de derechos humanos se harán mencionando el párrafo del documento y no la página, dado que es la manera en que usualmente se citan.

²³ La Resolución 1998/5 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, de 20 de agosto de 1998, expresamente



pero los órganos encargados de su aplicación se han pronunciado expresamente sobre estas acciones. El Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (2002) propuso la siguiente definición básica: “La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva” (párr. 6).²⁴ De acuerdo con esta definición, la acción afirmativa tiene una extensión o alcance amplio, esto es, podría estar dirigida a diferentes grupos. Ello, en virtud de que la definición no delimita los grupos en situación de desventaja que podrían beneficiarse de las medidas. El Relator Especial de la Subcomisión lo señala así, cuando dice:

La acción afirmativa siempre está destinada a un grupo determinado compuesto de personas que tienen una característica común en que está basada su pertenencia al grupo y se encuentran en situación de desventaja. Pese a que a menudo esa característica es innata e inalienable como el género, el color de la piel, la nacionalidad o la pertenencia a una minoría étnica, religiosa o lingüística, no necesariamente tiene que ser siempre así. Los programas de acción afirmativa anteriores y presentes han estado destinados a las mujeres, los negros, los inmigrantes, los pobres, los discapacitados, los ex combatientes, los indígenas, otros grupos raciales, determinadas minorías y así sucesivamente (2002: párr. 8).

reconoce “que el concepto de acción afirmativa no se ha definido ni se ha llevado a la práctica de manera uniforme a escala internacional”.

²⁴ En su informe, el Relator de la Subcomisión de Promoción y Protección reconoció, antes de proponer esta definición básica, que si bien como concepto jurídico la acción afirmativa tiene su lugar en derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno, “[n]o obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general” (2002: párr. 6).



En cuanto a su objetivo, la acción afirmativa está orientada a *remediar* situaciones que impiden que los miembros del grupo alcancen una igualdad efectiva. Es importante resaltar que la definición no limita la acción afirmativa a remediar injusticias históricas, sino que la deja abierta también a situaciones de desventaja presentes que podrían ser estructurales. El Relator Especial de la Subcomisión hace evidente esta amplitud en el objetivo cuando enuncia las justificaciones que podrían dar los Estados para hacer uso de la acción afirmativa y menciona la de “enderezar o reparar injusticias históricas” y la de “reparar la discriminación social/estructural” (2002: párr. 17 y 19).²⁵ Conviene señalar, también, que la acción afirmativa, conforme a estas precisiones del Relator de la Subcomisión, no está vinculada exclusivamente a la superación de la discriminación, sino que está comprometida igualmente con la superación de injusticias históricas que podrían expresarse o no en forma de discriminación. Al buscar remediar estas situaciones, la acción afirmativa tiene por objetivo último permitir que los miembros de los grupos afectados alcancen una *igualdad efectiva*.

El Relator Especial de la Subcomisión fue consciente que al señalar como objetivo principal de la acción afirmativa la construcción de una sociedad más igualitaria, ello llevaría a tener que optar por un sentido del principio de igualdad. De acuerdo con el Relator de la Subcomisión, son dos los ideales de igualdad que serían pertinentes para la acción afirmativa: la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. La elección de uno u otro ideal “determinará también qué programas de acción afirmativa se consideran convenientes o adecuados, y qué visión de la justicia social quiere llevar a la práctica la sociedad” (Relator Especial

²⁵ El Relator de la Subcomisión menciona también, como justificación ligada a la de remediar injusticias históricas, la de “crear diversidad o una representación proporcional de los grupos” (2002: párr. 20).



de la Subcomisión, 2002: párr. 31). A pesar de ser consciente de la necesidad de esta elección, el Relator de la Subcomisión no explica por qué, en la definición propuesta, su opción es por una *igualdad efectiva*, ni tampoco si esa igualdad efectiva se refiere a la igualdad de oportunidades o a la igualdad de resultados. Fue el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas el que, partiendo de la definición del Relator de la Subcomisión, señaló que la igualdad efectiva debe ser entendida como una *igualdad sustantiva o de facto*. De acuerdo con el Comité:

La Convención [Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial] se inspira en los principios de la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos. El principio de igualdad enunciado en la Convención combina la igualdad formal ante la ley con la protección igual de la ley, dando lugar a un concepto de igualdad sustantivo o *de facto*, que es el objetivo que debe alcanzarse mediante la aplicación fiel de sus principios (2009: párr. 6).

Según el Comité, el objetivo de las medidas de acción afirmativa o de acción positiva²⁶ es el de promover la igualdad efectiva (o igualdad *de facto*). En términos de derechos humanos, esto significa “garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos” (Comité, 2009: párr. 11). Además de precisar el sentido de la igualdad buscada por la acción afirmativa (o por la acción

²⁶ El Comité hace la siguiente aclaración, en relación con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: “El término “medidas especiales” [usado por la Convención] comprende medidas que en algunos países podrían denominarse “acción afirmativa”, “medidas afirmativas” o “acción positiva” cuando corresponden a las disposiciones del párrafo 4 del artículo 1 y del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención” (2009: párr. 12).



positiva), el Comité indicó también la forma en que las medidas de acción afirmativa deben ser implementadas por los Estados. Al respecto, señaló que “[l]as medidas especiales [en el lenguaje usado por la Convención] han de ser adecuadas a la situación que quiere remediarse, ser legítimas, ser necesarias en una sociedad democrática, respetar los principios de justicia y proporcionalidad y ser temporales” (2009: párr. 16).

Es decir, la acción afirmativa, para estar conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, debe cumplir ciertos requisitos, uno de ellos, el de temporalidad. Las medidas de acción afirmativa no tienen, por tanto, vocación de permanencia,²⁷ y solo podrán ser legítimamente usadas hasta el momento en que su contribución a la superación de las situaciones de injusticia histórica o discriminación estructural se haya cumplido. Es importante recordar que, según las propias precisiones del Comité, el objetivo de las medidas de acción afirmativa es el de *promover* y no el de *lograr* la igualdad efectiva o sustantiva, y ello mediante la garantía del disfrute pleno e igual de los derechos humanos.²⁸

²⁷ El Comité hace, al respecto, una distinción entre derechos de los grupos y medidas de acción afirmativa: “No deben confundirse las medidas especiales [el término usado por la Convención] con los derechos específicos de determinadas categorías de personas o comunidades (...). Estos derechos son derechos permanentes, reconocidos como tales en los instrumentos de derechos humanos, incluidos los adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas y sus organismos. Los Estados partes deben observar meticulosamente, en su legislación y en su práctica, la distinción entre las medidas especiales y los derechos humanos permanentes. Esta distinción implica que los titulares de esos derechos permanentes pueden beneficiarse también de las medidas especiales” (2009: párr. 15).

²⁸ El Comité hace esta precisión: “La segunda limitación es que las medidas especiales no han de mantenerse en vigor “después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. Esta limitación de la aplicación de medidas especiales es de carácter esencialmente funcional y está relacionada con un objetivo: las medidas deben dejar de aplicarse cuando se hayan alcanzado de manera sostenible los objetivos para los cuales se aplicaron, o sea los objetivos de igualdad” (2009: párr. 27).



Asimismo, es conveniente tener en cuenta que, de acuerdo con el Comité, “[e]l principio del disfrute de los derechos humanos en pie de igualdad forma parte integrante de la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico” (2009: párr. 7). En este sentido, las medidas de acción afirmativa, además de ser temporales, no podrían ser, en ningún momento, medidas discriminatorias.²⁹ El Comité ha llamado la atención, al respecto, sobre la inconveniencia de usar la expresión “discriminación positiva”, por ser un término “contradictorio en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos”, que “debe evitarse” (2009: párr. 12). Lo que las medidas de acción afirmativa sí pueden hacer es establecer *tratos diferenciales* entre grupos, si ello es adecuado, necesario y proporcional al objetivo legítimo de lograr la igualdad efectiva. En palabras del Comité:

El término “no discriminación” no implica que sea necesario un trato uniforme cuando existen diferencias importantes en-

²⁹ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece, en el artículo 1, que “la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha extendido este concepto a todos los derechos protegidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en estos términos: “el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Comité de Derechos Humanos, 1989: párr. 7).



tre la situación de una persona o grupo y la de otros o, en otras palabras, cuando hay una justificación objetiva razonable para la diferencia de trato. Dar un mismo trato a personas o grupos cuyas situaciones sean objetivamente diferentes constituirá discriminación en la práctica, como lo constituirá también el trato desigual de personas cuya situación sea objetivamente la misma (2009: párr. 8).

A partir de las precisiones hechas por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, se puede decir, respecto de la acción afirmativa (o de la acción positiva), lo siguiente: 1) es una acción que está reconocida y aceptada en el derecho internacional de los derechos humanos, 2) tiene por objetivo último promover o contribuir a la construcción de sociedades más igualitarias fundadas en el principio de igualdad sustantiva o efectiva, 3) promueve el fin último de la igualdad efectiva a través de la garantía del disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos, 4) puede beneficiar, a través de sus medidas, a cualquier grupo (o miembros de ese grupo) que se encuentre en situación de desventaja en virtud de injusticias históricas o de una situación de discriminación social/estructural, y 5) puede implementar temporalmente tratos diferenciales entre grupos si ello es adecuado, necesario y proporcional al logro del fin último de la igualdad efectiva.

Esta caracterización de la acción afirmativa (o de la acción positiva), derivada de las propias precisiones hechas por organismos internacionales de derechos humanos, cuenta con una aceptación pacífica de los demás organismos internacionales de protección de estos derechos.



Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado, en relación con el derecho de todo ciudadano a la participación política en términos de igualdad consagrado en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que “[p]odrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso” (Comité de Derechos Humanos de Naciones, 1996: párr.23). El mismo Comité de Derechos Humanos ha sido explícito en señalar también a los Estados su deber de adoptar medidas positivas, incluso, si implican trato diferencial, cuando ello sea necesario para superar situaciones de discriminación que impidan a un grupo el ejercicio de derechos humanos:

El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (Comité de Derechos Humanos, 1989: párr. 10).

En un sentido similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha recomendado ex-



presamente a los Estados Partes de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo” (CEDAW, 1988).

En el sistema interamericano de derechos humanos tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana han hecho igualmente referencia a la necesidad del uso de medidas de acción afirmativa con el fin de garantizar los principios de igualdad efectiva ante la ley y de no discriminación. Sobre estos dos principios, la Corte Interamericana ha considerado que forman parte del derecho internacional como normas de *ius cogens*, esto es, de derecho imperativo, y como tales imponen a los Estados el *deber* de adoptar medidas de acción afirmativa cuando ello es necesario para revertir situaciones de discriminación existentes en sus sociedades. La Corte Interamericana lo ha expresado de la siguiente forma:

(...) es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones. En cumplimiento de dichas obligaciones, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, así como a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas (2005: párr. 178).



La Comisión Interamericana también se ha referido a la acción afirmativa y lo ha hecho de manera expresa. En la opinión emitida sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa para promover la participación política de la mujer, incluyendo los sistemas de cuotas, con el principio de no discriminación por razones de género y los instrumentos internacionales correspondientes de derechos humanos, la Comisión consideró que “[p]ara lograr el goce pleno de estos derechos por parte de la mujer, “en igualdad de condiciones con el hombre”, puede ser necesario que los Estados adopten medidas de acción afirmativa.” De hecho, dijo la Comisión, “tales medidas bien podrían ser requeridas para lograr la igualdad sustantiva de oportunidades” (2000: Cap. VI). En otros informes, relacionados con un conjunto más amplio de derechos, la Comisión Interamericana ha considerado, asimismo, que “a fin de garantizar el derecho a la no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de acción positiva y de establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho” (2009: párr.68). La existencia de esa obligación significa, como ha dicho también la Comisión, que “la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar situaciones discriminatorias, *de iure* o *de facto*, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad internacional del Estado” (2009: párr. 68).

Se podría considerar, entonces, que en el derecho internacional de los derechos humanos la acción afirmativa (o la acción positiva), además de ser una estrategia o política reconocida y aceptada –como se señaló antes–, es una política que los Estados están en el deber –conforme a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos– de promover e implementar, si con ello: 1) se puede garantizar el derecho a la no discriminación y se pueden revertir o cambiar situaciones discriminatorias



existentes en sus sociedades, y 2) se puede garantizar una igualdad sustantiva de oportunidades.

La opción de los organismos internacionales de derechos humanos por un sentido del principio de igualdad, entendido como igualdad sustantiva o *de facto*, y que ellos han definido conceptualmente en términos de *derechos humanos* (derecho de igualdad ante la ley y derecho a igual protección) les ha permitido asumir la acción afirmativa como una medida o política necesaria para superar condiciones de discriminación o de desigualdad que impiden a grupos o a personas de esos grupos el ejercicio efectivo de sus derechos humanos. La garantía del *derecho a igual protección* –que complementa y supera el derecho a igualdad formal ante la ley- se convierte, en el derecho internacional de los derechos humanos, en un fundamento que no solo legitima sino que exige el uso de la acción afirmativa.

Reflexiones finales a modo de conclusión

El debate sobre la acción afirmativa es un debate que gira, fundamentalmente, en torno a principios de justicia, en específico, al principio de igualdad. El origen de la acción, íntimamente vinculado al ideal de una sociedad que busca garantizar, a todos, igualdad de oportunidades, ha determinado el núcleo de la discusión. La defensa o negación de la acción afirmativa se basa en el sentido que se atribuye al principio de igualdad de oportunidades. Una interpretación formal de este principio parece favorecer una posición que restringe el uso de la acción o que lo anula, al limitar o impedir que a través de las políticas de acción afirmativa se establezcan tratos diferenciados en favor de grupos que histórica o estructuralmente han sido colocados en situación de desventaja social y económica y de sub-representación



política, económica y social. Una interpretación sustantiva del mismo principio parece favorecer una posición contraria. Esta diferencia de posiciones respecto del uso de la acción afirmativa, fundada en interpretaciones distintas del principio de igualdad de oportunidades, tiene lugar también cuando el debate se basa en interpretaciones distintas del principio de igualdad de trato. La discusión en torno a la acción afirmativa es, por tanto, una discusión sobre principios de justicia, sobre el sentido que se da a esos principios y sobre la concepción de justicia que se articula en torno a esos principios y a sus interpretaciones.

El derecho internacional de los derechos humanos no ha sido ajeno a este debate ni al efecto que tiene sobre el uso o no de la acción afirmativa. La posición de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos ha sido la de optar –sin entrar en discusión– por un sentido sustantivo del principio de igualdad, entendido como igualdad de facto, y la de considerar que la acción afirmativa es una estrategia legítima en la medida en que tenga por objetivo promover el logro de esa igualdad efectiva a través de garantizar condiciones de igualdad para todos los grupos y personas en el ejercicio de los derechos humanos reconocidos y protegidos internacionalmente. Desde esta perspectiva, la acción afirmativa se convierte no solo en una estrategia legítima, sino en una estrategia necesaria en algunas situaciones que los Estados están en el deber jurídico de implementar. Lo anterior, en razón de las obligaciones internacionales que los Estados tienen, con base en normas internacionales de derechos humanos, de respetar y garantizar a todos sus habitantes, sin discriminación alguna y en igualdad de condiciones, el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos protegidos en esas normas.

El enfoque de los organismos internacionales de derechos humanos, de privilegiar la garantía y protección efectivas del



ejercicio de estos derechos para todos los grupos y personas sobre las discusiones en torno al sentido del principio de igualdad, ha favorecido la aceptación e inclusión en el derecho internacional de la acción afirmativa como una estrategia legítima y necesaria para el logro de esos objetivos.

Bibliografía

- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles (2002). *La acción positiva: análisis del concepto y propuesta de revisión*. Jornada sobre “Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres”. Palacios de Congresos Europa, 11, 12, 13 diciembre 2002 [en línea]. Disponible en: < <http://www.uv.es/cefd/9/barre-re2.pdf> > [Consulta: 10 de abril de 2016].
- BOLLINGER, Lee C. (2016). “What once was lost must now be found: rediscovering an affirmative action jurisprudence informed by the reality of race in America”. *Harvard Law Review Forum* 129:281-289.
- CATANESE, Brandi Wilkins (2011). *The Problem of the Color[blind]. Racial Transgression and the Politics of Black Performance*. Michigan: The University of Michigan Press.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57.
- (2000). *Informe anual 1999*. Capítulo VI. Estudios especiales. Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación. OEA/Ser.L/V/II.106.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (1996). *Observación General No. 25. Artículo 25 -La participación en los asuntos públicos*



- y el derecho de voto. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.
- (1989). *Observación General No. 18. No discriminación*. 37º período de sesiones.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (1988). *Recomendación General N° 5. Medidas especiales temporales*.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009). *Recomendación General N° 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. CERD/C/GC/32.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005). *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- DEUTSCH, Jan Ginter (1977). “Jurisprudence of Affirmative Action: A Post-Realist Analysis”. *The George Town Law Journal* 65 (4) (April): 879-890.
- DONAHUE, Ann (1998). “The Kalanke Ruling: Gender Equality in the European Labor Market”. *Northwestern Journal of International Law & Business* 18 (3): 730-757.
- DWORKIN, Ronald (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- (2004). “La lectura moral y la premisa mayoritarista”. En *Democracia deliberativa y derechos humanos*, compilado por Harold Hongju y Ronald C. Slye, 101-139. Barcelona: Gedisa.
- GOSHU, Wondemagegn Tadesse (2013). “The Law of Affirmative Action in Ethiopia: A Framework for Dialogue”. *Addis Ababa University. Ethiopian Journal of Human Rights* I (March):150-194.
- GRYPHON, Marie (2005). *The Affirmative Action Myth*. Policy Analysis 540.



- HERRON, Rachel Clare (2010). *Superficially Similar but Fundamentally Different: A Comparative Analysis of US and UK Affirmative Action*. Durham University School of Law. Durham theses [en línea]. Disponible en: < <http://etheses.dur.ac.uk/662/>> [Consulta: 10 de abril de 2016].
- KULL, Andrew (1992). *The Color-Blind Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- MOLINARI, Laura (2012). “The Effect of the Kalanke Decision on the European Union: A Decision With Teeth, but Little Bite”. *St. John’s Law Review* 71 (3):591-633.
- OTERO GARCÍA, Carmen (2002). “Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria”. *Revista de Derecho Comunitario* 6 (12): 489-502.
- PLOUS, Scott (2003). “Ten Myths About Affirmative Action”. En *Understanding Prejudice and Discrimination*, editado por Scott Plous, 206-212. New York: McGraw-Hill.
- RABE, Johan (2001). *Equality, Affirmative Action and Justice*. Hamburg: Books on Demand GmbH.
- RAMOS MARTÍN, Nuria Elena (2014). “Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions”. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* 3 (1) (November):20-33.
- RAWLS, John (1995). *Teoría de la justicia*. México: FCE.
- RELATOR ESPECIAL SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (2002). *Informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión*. E/CN.4/Sub.2/2002/21.
- SANDER, Richard H. (2004). “A Systemic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools”. *Stanford Law Review* 57:367-483.
- SEN, Amartya (2009). *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.



- STURM, Susan y Lani Guinier (1996). "The Future of Affirmative Action: Reclaiming the Innovative Deal". *California Law Review* 84 (July): 953-1036.
- THERNSTROM, Stephan y Abigail Thernstrom (1999). "Racial preferences: what we now know". *Commentary* (February): 44 a 50.
- U.S. COMMISSION ON CIVIL RIGHTS (1981). "Affirmative Action in the 1980s: Dismantling the Process of Discrimination A Proposed Statement of the United States Commission on Civil Rights". *Clearinghouse Publication* 65.
- (1977). *Statement on Affirmative Action* [en línea]. Disponible en: <<http://www.usccr.gov/aaction/state77.pdf>> [Consulta: 12 de abril de 2016].
- ZILIANI, Estafanía (2011). "La acción afirmativa en el derecho norteamericano". *Revista electrónica del Instituto "Ambrosio L. Gioja"* - Año V, Número Especial [en línea]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0009_p-d-constitucional1.pdf> [Consulta: 12 de abril de 2016].





Las acciones afirmativas desde la propuesta de Thomas Nagel

Valeria López Vela

Universidad Anáhuac del Sur

Introducción

La reconfiguración del sistema político que ha generado la teoría rawlsiana busca rescatar, con especial énfasis, el lugar de la justicia por encima de otros principios –como la eficiencia o el orden– que habían sido favorecidos por las propuestas utilitaristas. Sin embargo, la labor no ha resultado sencilla: en no pocos sentidos y no pocas ocasiones, la complejidad fáctica del mundo político rebasa a la teoría ideal rawlsiana. Por ello, varios de los autores, inspirados en el principio de diferencia y el principio de igualdad rawlsianos han buscado dar solución a las situaciones no ideales que aparecen continuamente en las instituciones políticas contemporáneas (Rawls, 1995: 81).

Un problema recurrente en las sociedades democráticas ha sido el de la discriminación. Se trata de los casos en los que un grupo dado no recibe los mismos derechos ni las mismas oportunidades que otro, aunque ambos formen parte de la misma sociedad. Esta desigualdad –en trato o en oportunidades– hiere directamente el ideal de justicia al que éstas aspiran.



El primer paso que tomaron los gobiernos para revertir la discriminación fue la supresión de las leyes que impedían la igualdad de oportunidades en comparación con ciertos grupos, cuyo fundamento se encontraba en motivos de índole racial, de género o de posición social (Anderson, 2004: 6).

Esta medida no fue suficiente pues, a pesar del replanteamiento legal, aquellos grupos desfavorecidos seguían encontrando obstáculos para acceder a la justicia y a las oportunidades. Por ello, en un segundo momento, surgieron políticas que abrieron espacios específicos para garantizar el ingreso real a las oportunidades educativas principalmente, pero también las laborales, las de participación política y las económicas (Anderson, 2004: 111).

Este criterio aplicado a los grupos sociales tradicionalmente más débiles abrió las puertas a las políticas de acción afirmativa que reclamaron, además, un marco epistémico propio.

En éste, las diferentes versiones de la acción afirmativa han buscado compensar o corregir una discriminación presente o pasada, para impedir que tal segregación se repita en el futuro. Así mismo, han orientado a disminuir las desigualdades sociales que puedan propiciar situaciones injustas en la oferta de oportunidades. De este modo, han ofrecido un trato especial, favorable, a los miembros de los grupos que suelen tener menos oportunidades para desarrollar una vida digna.

Los proyectos de apoyo a los menos afortunados han ido en aumento alrededor del mundo. En Estados Unidos de Norteamérica se conocen como programas de “acciones afirmativas”; en India y Reino Unido son llamados “discriminación positiva”; en Sri Lanka son parte del modelo de “estandarización”, entre otros. Así mismo, en Israel, China, Australia, Brasil, Fiji, Canadá, Pakistán, Nueva Zelanda hay grupos preferenciales y cuotas (Sowell, 2005: 15). En México, desde 2003, hay cuotas de género



para los puestos de elección popular. Sin embargo, como bien ha señalado Rodríguez Zepeda:

Las distintas enunciaciones del “tratamiento diferenciado positivo” no son recíprocamente equivalentes ni políticamente ingenuas. Se le ha denominado “Acción afirmativa” (*Affirmative Action*) por parte de sus defensores abiertos y por parte de las agencias gubernamentales norteamericanas encargadas de la promoción de las oportunidades de grupos como las mujeres y las minorías étnicas; se le ha denominado “tratamiento preferencial” (*Preferential Treatment*) por parte de quienes han buscado una enunciación más neutra frente a la polarización política del debate; se le ha denominado “discriminación inversa” (*Inverse Discrimination* o *Reverse Discrimination*) por parte de quienes han insistido en su inaceptable carácter discriminatorio; e incluso se ha llegado a nombrar como “Discriminación afirmativa” (*Affirmative Discrimination*) por un autor tan renombrado como Nathan Glazer para evidenciar la ironía de una medida supuestamente orientada contra la discriminación que es, según él, una nueva forma de discriminación. Algunas variaciones como “discriminación compensatoria” (*Compensatory Discrimination*) pueden también ser registradas. (Rodríguez, 2006: 35)

Hay que decir que las medidas de compensatorias –en sus distintas versiones– han beneficiado a muchísimos ciudadanos, pero la tarea de erradicar la discriminación exige mayor esfuerzo, pues nuestras sociedades siguen ofreciendo menos oportunidades a los miembros de ciertas razas, preferencias sexuales distintas, o de algunos géneros.

En este orden de ideas, resulta importante señalar que no todos han aceptado las acciones afirmativas como parte de su política pública; algunos críticos de éstas sostienen que atentan



en contra del principio de igualdad frente a la ley de todos los ciudadanos y, por ende, son injustas. Para reforzar lo anterior utilizan principalmente dos argumentos: primero, que los grupos históricamente débiles pueden verse doblemente lastimados al ser considerados en la repartición de oportunidades no por su esfuerzo, capacidad o talento, sino por su pertenencia a tal o cual grupo menos aventajado; segundo, señalan que los individuos beneficiados por las acciones afirmativas no son los que originalmente fueron dañados y, por lo tanto, dicha compensación es injusta. (Cowan, 1995: 5)

En este trabajo, me propongo analizar a la luz de la propuesta de Thomas Nagel el contexto en el que ocurre la acción afirmativa dentro del marco de la *Teoría de la Justicia* de John Rawls; especialmente, los requisitos epistémicos que la enmarcan como condición de complemento a la justicia. Dejo de lado la discusión tanto con los teóricos del liberalismo del bienestar –Cohen, Arneson–, con los autores del liberalismo comunitarista –Walzer, Taylor, Sandel– como con los teóricos multiculturalistas –Kymlicka– para no extrapolar los términos de la cuestión. Es decir, el foco de discusión se inscribe dentro de la vertiente del liberalismo igualitario.

La influencia de Rawls en el contexto de la Acción Afirmativa

En la *Teoría de la Justicia*, John Rawls propone los principios de la justicia que el resto de los teóricos del liberalismo igualitario han utilizado como punto de partida. De este modo, los principios de la justicia son los pilares argumentativos que sostienen la discusión de la teoría ideal rawlsiana y buscan hacer compatibles la libertad y la igualdad salvaguardando los bienes primarios.



Los principios de la justicia rawlsianos son:

Primer Principio

Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo Principio

Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a) Mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b) Unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades. (Rawls, 1995: 281)

La intención de Rawls es garantizar el mayor número de libertades básicas iguales para todos los ciudadanos; mientras que las desigualdades económicas o sociales deben ser mitigadas para asegurar la igualdad de oportunidades y los bienes primarios de todos los ciudadanos; incluidos –naturalmente– los miembros de los grupos menos aventajados de la sociedad.

Es por ello que la fundamentación de la acción afirmativa como la plantea Thomas Nagel, utiliza como punto de partida el principio de diferencia y tiene como horizonte la igualdad de oportunidades:

(...) la justa igualdad de oportunidades significa un conjunto de instituciones que asegure la igualdad de oportunidades para la educación y la cultura de personas similarmente capacitadas, y mantenga los trabajos y los empleos abiertos a todos, sobre la base de las capacidades y de los esfuerzos razonablemente relacionados con las tareas y trabajos pertinentes. (Rawls, 1995: 260)



Rawls deja abierta la lista de los bienes primarios y, con ello, ofrece cierto margen de acción para igualar las condiciones del campo de juego y ajustar las diferencias entre los ciudadanos, específicamente para los menos aventajados. Desde la posición original, no es posible encontrar especificaciones respecto a los alcances de los bienes primarios; sin embargo, esto no se omite sino que se posterga para las etapas constitucional, legislativa y judicial, cuando hay información específica de los grupos que integran dicha sociedad y se puedan, entonces, considerar las condiciones sociales particulares.

(...) el principio de diferencia da algún valor a las consideraciones particularizadas por el principio de compensación. Este principio afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. Así, el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. (Rawls, 1981: 103)

Es, precisamente, a partir de esta idea que varios teóricos de la justicia igualitaria –Sen, Pogge, Nagel, Daniels– han abierto las puertas a conceptos que tienen como horizonte garantizar la igualdad de oportunidades mitigando las desigualdades sociales. Estos autores comparten con Rawls la convicción de que las desigualdades de nacimiento –ser hijo de una familia solvente económicamente– y los talentos naturales –ser sano y contar con un IQ alto– no son meritorias sino que se deben a la suerte; por lo que es indispensable nivelar las condiciones de todos los



miembros de la sociedad para que cuenten con las mismas oportunidades.¹

El principio de diferencia, así, permite las desigualdades económicas y sociales siempre y cuando sean en beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad. Este es, opinión de Nagel, el argumento que permite la incorporación de medidas compensatorias como las acciones afirmativas pues si queremos buscar la justicia en la sociedad es necesario compensar las desventajas que implican la enfermedad, la discapacidad, la pobreza, la raza o el género. Todos ellos son factores que desencadenan desventajas arbitrarias pero constitutivas que afectan la realización de los planes de vida: nublan el horizonte de la igualdad de oportunidades.

Si queremos realmente nivelar el campo de juego y reducir el impacto de la lotería natural es necesario acudir a una base comparativa más efectiva: los grupos menos aventajados tendrían que disponer de más apoyo social; una de las medidas para hacerlo son –precisamente– las acciones afirmativas.

Desde un marco ideal, los principios de la justicia rawlsianos sientan las bases para lograr una sociedad justa: indican que es posible delinear las instituciones para lograr una convivencia más justa en la sociedad. Esto tiene como punto de partida una posición epistémica y como horizonte la salvaguarda de los bienes primarios desde la base de una sociedad bien ordenada. Sin embargo, hay desigualdades entre los ciudadanos que no pueden ser dejadas de lado pues causarían circunstancias que van en contra de los principios de la justicia:

¹ Los autores miembros de la corriente del igualitarismo de la suerte –Cohen, Arneson– consideran, además, las repercusiones de las decisiones que han tomado los individuos y que impactan en su capacidad de realización de sus planes de vida. Dejo de lado esta discusión.



De este modo las instituciones de una sociedad favorecen ciertas posiciones iniciales frente a otras. Éstas son desigualdades especialmente profundas. No son sólo omnipresentes, sino que afectan a los hombres en sus oportunidades iniciales en la vida, y sin embargo no pueden ser justificadas apelando a nociones de mérito o demérito. Es a estas desigualdades de la estructura básica de toda sociedad, probablemente inevitables, a las que se deben aplicar en primera instancia los principios de la justicia social. (Rawls, 1995: 21)

En *La Teoría de la Justicia*, Rawls propone los principios para contrarrestar dichas desigualdades de la estructura básica de las sociedades, pues aunque las situaciones asimétricas frecuentes dependan más de la lotería natural y la suerte que del mérito o del esfuerzo, se interponen en el acceso a la igualdad de oportunidades, de tal manera que generan sociedades desiguales y, por ende, injustas. Para ello, utilizará el principio de diferencia.

No es adecuado atribuir al lenguaje rawlsiano la noción de acción afirmativa. Sin embargo, se trata más de una omisión que de un rechazo: como ya dije, los principios de la justicia se orientan a subsanar las desigualdades iniciales de la estructura básica de la sociedad.

Por ello, es necesario insistir, explicitar y repensar tanto las necesidades como los beneficios de la acción afirmativa en las sociedades, para encontrar la respuesta a las paradojas que deja su paso. De acuerdo con Nagel, dentro de la teoría rawlsiana, la referencia más cercana a la acción afirmativa se encuentra en *Justice as Fairness: a Restatement*, en donde el autor sostiene:

Los problemas más serios que se derivan de la discriminación existente y de las distinciones con base en el género o en la raza no estaban en la agenda (de la *Teoría de la Justicia*)... esto es sin



duda una omisión en la *Teoría de la Justicia*; pero una omisión no es en sí misma una falla. Una falla estaría en que esa concepción no articulara los valores políticos necesarios para enfrentar dichas cuestiones.² (Nagel, 2003: 82)

Así, Nagel piensa que Rawls insiste en la importancia del marco normativo de su propuesta y del poder conceptual de la estructura argumentativa; con base en esto, es posible desprender la noción de acción afirmativa desde los principios de la justicia (Nagel, 2003: 84).

Nagel afirma que la acción afirmativa es “claramente una política orientada a tratar con las consecuencias injustas de una historia injusta”³ (Nagel, 2003: 82). De este modo, el objetivo sería corregir las fallas existentes en un sistema político específico. Dado que la posición original rawlsiana es, sobre todo, un punto de partida epistémico, los filósofos políticos contemporáneos tienen que vérselas con las situaciones no ideales –injusticias fácticas– que no se pueden obviar, dejar pasar u omitir. Porque, si bien una omisión en sede teórica no es necesariamente un error, en sede práctica necesariamente lo es.

Además, la acción afirmativa incorpora la idea de justicia entre generaciones, al buscar subsanar las fallas en el sistema de justicia que han limitado el ejercicio de las libertades de ciertos grupos y, con ello, el acceso a ciertas oportunidades.

² This oblique reference occurs in *Justice as Fairness: a Restatement*, a book published in 2001 on the basis of notes he distributed for many years to his students at Harvard. Commenting on *A Theory of Justice* he there says, “The serious problems arising from existing discrimination and distinctions based on gender and race are not on its agenda. ... This is indeed an omission in Theory; but an omission is not as such a fault... Whether fault there be depends on how well that conception articulates the political values necessary to deal with these questions. (La traducción es propia).

³ Affirmative action is clearly a policy intended to deal with the unjust consequences of an unjust history. (La traducción es propia).



El ejemplo paradigmático de la cultura norteamericana sería el de los casos raciales. No obstante, en México, los sucesos más emblemáticos son el de los indígenas y el de las mujeres. En este tema se trata de grupos que encuentran especialmente complicado el ingreso a la igualdad de oportunidades pues, aunque no existan leyes que limiten su participación en la sociedad democrática, no podemos perder de vista el peso que imprimen las ideas discriminatorias del pasado en la estructura de las instituciones sociales. “En términos de la concepción de Rawls, la injusticia que la acción afirmativa debería combatir es una forma especial de falla en la justa igualdad de oportunidades”⁴ (Nagel, 2006: 84).

Un último ejemplo más que muestra que la plataforma de salida influye de manera importante en el desarrollo de las oportunidades, y que no es atribuible al mérito o demérito propios, es el acaecimiento de los hijos cuyos padres tienen estudios universitarios, frente a los que no los tienen. La movilidad social de los primeros frente a los segundos es considerablemente mayor (*Informe de movilidad social en México 2013: imagina tu futuro*, 2013: 6).

La acción afirmativa en la propuesta de Thomas Nagel

La justicia y la injusticia no son dos valores más dentro del abanico de posibilidades morales sino que se trata de la díada ética que sostiene la estructura política. La justicia ofrece garantías de igualdad y libertad a los ciudadanos mientras que la injusticia

⁴ In the terms of Rawls’ conception, the injustice that affirmative action should seek to combat is a special form of the failure of fair equality of opportunity. (La traducción es propia).



no es un costo cualquiera sino uno que hiere directamente la posibilidad de construcción de una vida digna y que, por tanto, debe ser reducida en las estructuras sociales. Pues “así como hay exigencias racionales para el pensamiento, hay también exigencias racionales para la acción”. (Nagel, 2004:15)

De acuerdo con Thomas Nagel, hay tres factores fundamentales de desigualdad que no dependen de la voluntad de los actores sino de factores heterogéneos: las discriminaciones (raza, género, sistema de creencias y orientación sexual), la clase social y los talentos naturales.

Para explicitar la acción afirmativa en relación con la postura de Nagel es importante señalar que, en cuanto a las discriminaciones, la mayoría de los ciudadanos estarían dispuestos a aceptar la igualdad entre los miembros de la clase natural de los hombres. Desde una perspectiva teórica, la mayoría de las personas están de acuerdo con la noción de igualdad; sin embargo, esto no impide que fácticamente ocurran discriminaciones por raza, género, sistema de creencias u orientación sexual, que se traduzcan en remuneraciones dispares o en la dificultad de acceso a mejores posiciones educativas y laborales.

Por estas razones, se puede afirmar que es en las distintas formas de discriminación en donde han tenido mayor impulso las políticas de las acciones afirmativas. Así, el objetivo de las acciones afirmativas es incorporar a los grupos segregados en posiciones sociales menos aventajadas y facilitar el acceso a la educación –entre otras medidas– mediante políticas de admisión sensibles a la raza o género, para aumentar así el número de estudiantes que son miembros de los grupos en desventaja dentro de los sistemas educativos. Con este propósito, en México se encuentran los programas universitarios indígenas como los más destacados. Así mismo, también se emplean algunas políti-



cas de diversidad, tanto en el sector público como en el privado, para abrir espacios de inclusión para dichos grupos.

La acción afirmativa puede servir para contradecir la discriminación en contra de las minorías, velada o inconsciente. Pero su función más importante en la educación superior es la de aumentar la representación de minorías tradicionalmente opresas en instituciones donde estarían presentes en números más pequeños si la raza no hubiera sido utilizada como factor en la admisión.⁵ (Nagel, 2003: 84)

Consciente de esta necesidad, Nagel ha propuesto en su libro *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política* una fundamentación epistémica para las acciones afirmativas; así mismo, en *La posibilidad del altruismo* y en *La visión de ningún lugar* ha insistido en que la vida de cada uno tiene a la vez valor neutral con respecto al agente y relativo al agente: (...) “cada uno de nosotros tiene una razón neutral para preocuparse por cada uno de los otros y además una razón relativa al agente para tener una preocupación especial por sí mismo” (Nagel, 2006: 49). Esta distinción presupone reconocer que la perspectiva del sujeto puede estar orientada ya sea por el punto de vista personal o por el impersonal.

El punto de vista personal es individual: es una perspectiva sobre los hechos respecto a los intereses que el sujeto tiene. También es, naturalmente, una perspectiva valorativa que está regida por fuertes motivos personales, lealtades individuales hacia comunidades particulares de interés o de convicción; ade-

⁵ Affirmative action can serve to counter continuing discrimination against minorities, covert or unconscious. But its most important function in higher education is to increase the representation of traditionally oppressed minorities in institutions where they would be present in far smaller numbers if race were not used as a factor in admission. (La traducción es propia).



más, señala Nagel, incluye lazos de identificación emocional más amplios que los definidos por los vínculos de consanguinidad: “Cada persona, desde su punto de vista interno al mundo, con sus particulares preocupaciones y vínculos, es extremadamente importante para sí misma, y está situada en el centro de un conjunto de círculos concéntricos que representan una rápida disminución de la identificación con los otros”. (Nagel, 2006: 25).

Por su parte, el punto de vista impersonal parte de la premisa de que: “La vida de cualquier otro importa tanto como la suya, y la suya no más que la de cualquier otro”. (Nagel, 2006: 25) Desde ella se desprendería un sistema de valores impersonales a partir de los que el diseño estructural plantearía sus ejes. Así, el punto de vista impersonal privilegia las decisiones colectivas mientras que el punto de vista personal se centra en los intereses individuales de los ciudadanos: “Defiendo que el punto de vista impersonal produce en cada uno de nosotros una potente exigencia de imparcialidad e igualdad universal, a la vez que el punto de vista individual hace brotar motivos y exigencias individualistas que obstaculizan la búsqueda y la realización de aquellos ideales”. (Nagel, 2006: 14).

En dicho orden de ideas, para Nagel, la acción afirmativa debe entenderse desde el punto de vista impersonal: una posición en la que se abstrae o se deja de lado la postura propia (Nagel, 2006: 21). Es decir, en materia de ética, en un primer momento es indispensable hacer una abstracción de nuestra posición en el campo del juego social porque, como ya he señalado, es necesario comprender que la vida de cualquier otra persona importa tanto como la propia, y la propia no es más que la de cualquier otro:

La ética y la teoría política empiezan cuando desde una posición impersonal atendemos a los datos no elaborados, suministrados



por los deseos de los individuos, los intereses, los proyectos, los vínculos y los planes de vida que definen los puntos de vista personales de toda la multiplicidad de diferentes individuos, incluidos nosotros. (Nagel, 1989: 22)

Esto puede ser difícil de entender para los diferentes grupos que integran las sociedades porque tanto los sectores aventajados, como los menos aventajados, tratarán de defender lo mucho o lo poco que ya tengan ganado –ya por azar, ya por lotería natural.

Nagel quiere evitar tanto una visión utópica –en donde los ciudadanos denunciarían a sus intereses movidos solamente por “sentimientos nobles” – pero también la abdicación moral –en la que los ciudadanos no encuentran motivos para preocuparse o ayudar a los otros ciudadanos. Lo que pretende es encontrar los principios epistémicos que diseñen un sistema legítimo que es “aquel que reconcilia los principios universales de imparcialidad y de parcialidad razonable, de manera que nadie puede objetar que sus intereses no están siendo sopesados suficientemente ni tampoco que las demandas que se le exigen son excesivas” (Nagel, 2006: 48).

La fundamentación ética de las conductas sociales reclama, de acuerdo con Nagel, presupuestos epistémicos desde donde anclar la perspectiva de solución a los conflictos, pues “la ética es una lucha contra una cierta forma del predicamento egocéntrico, así como el razonamiento prudencial es una lucha contra la dominación del presente” (Nagel, 2004: 112). Para atender dicha demanda, es necesario abandonar la posición personal y dar paso a la posición impersonal. En la primera posición, el actor visualiza el mundo desde un *locus* ventajoso: las decisiones están referidas al mantenimiento de su situación de ventaja o sus privilegios. En la segunda, la mirada se orienta hacia la comprensión



del mundo sin que importe el lugar que el actor ocupa en éste (Nagel, 2004: 113). Como he dicho, de la reconciliación de ambos derivaría un Estado legítimo.

Así, al incluir a la discusión la idea de imparcialidad que propone Nagel, es importante desbrozarla e indicar que apela a los mismos argumentos por los que Rawls utilizó en *Teoría de la Justicia* (Rawls, 1995: 31), la noción de “el velo de la ignorancia” en el diseño estructural de aquellas sociedades que sean decentes o justas pues es indispensable que las instituciones estén fundadas en principios que permitan a los ciudadanos florecer al tiempo que ofrezcan a todos los miembros oportunidades y, finalmente, auto respeto. Pero, a diferencia de Rawls, Nagel desencadena las consecuencias prácticas de la posición impersonal; es decir, mientras que el velo de la ignorancia permanece en sede teórica –*ideal theory*–, la posición impersonal busca intervenir en las estructuras sociales; una manera de hacerlo son, precisamente, las acciones afirmativas.

Sobre esa base, el proceso expuesto por Nagel en *Igualdad y Parcialidad*, acorde con *La visión de ningún lugar*, tiene cuatro momentos fundamentales: el primero, parte de la idea de que la vida de todos los hombres es tan importante como la propia, como ya he dicho; el segundo momento, abre la puerta a la acción afirmativa:

Es la generación de la ética de esa materia prima del valor personal. Por ahora no trataré si quiera de defender una solución parcial, pero mi creencia es que la forma correcta de observar impersonalmente a cada uno es una imparcialidad entre los individuos que será igualitarista no exclusivamente en el sentido de que los cuente a todos por igual como entradas en alguna función combinatoria, sino en el sentido de que la función en sí misma da peso preferencial a las mejoras en las vidas de quienes tienen un



resultado peor en relación con las ventajas de quienes obtienen un mejor resultado –aunque toda mejora cuente positivamente en algún grado–. (Nagel, 2006: 23)

Este segundo momento permite el trato preferencial para mejorar la vida de los grupos menos aventajados; en este espacio en el que se inscribirían las acciones afirmativas o los actos altruistas, por ejemplo.

El tercer momento, ofrece los principios morales que se desprenden de la posición impersonal. En él se indica que el peligro del diseño estructural de la sociedad es que se configure con principios egoístas que perpetúen los privilegios de los grupos aventajados; para sortear dicho riesgo, Nagel ofrece una solución epistémica mediante la posición impersonal (Nagel, 2006: 26). Pero si bien es cierto que es necesario el compromiso epistémico para la filosofía política, es insuficiente porque éste solo es un punto de partida: es necesario establecer un punto de llegada sólido. Para alcanzarlo, se requiere el compromiso ético y Nagel lo presenta como el consecuente de la posición impersonal, que está planteado en sede kantiana y asume sus principios éticos y de dignidad (*MdS*, II: 236).

La respuesta a este problema es la tercera etapa en la generación de la ética, y es el punto en que la ética debe asumir una forma kantiana. Es decir, debe aventurarse más allá de la pregunta <¿qué podemos acordar entre todos que sea lo mejor, impersonalmente considerado?> para plantearse otra cuestión posterior: <¿qué podemos acordar entre todos que deberíamos hacer, si es que es posible acordar algo dado que nuestros motivos no son meramente impersonales?>. (Nagel, 1989: 26)



De esta manera, se abandona la posición impersonal y la postura epistémica para dar paso a los compromisos éticos arquitectónicos del diseño estructural de la sociedad justa.

El cuarto momento es la reconciliación del yo escindido:

La cuestión que se plantea es: ¿cómo podemos volver a integrarnos?, ¿cómo soldar nuestro yo escindido? El problema político, como pensaba Platón, debe resolverse dentro del alma del individuo si es que hay forma de resolverlo. Esto no significa que la solución no afronte las relaciones interpersonales y las instituciones públicas, quiere decir que tales soluciones “externas” serán válidas solamente si dan expresión y respuesta adecuada a la división del yo, concebido como un problema para cada individuo. (Nagel, 2006: 27)

Nagel exige dos condiciones que posibiliten la reconciliación del yo escindido del cuarto momento: la primera es un conjunto de instituciones en las que las personas puedan vivir una vida colectiva que se ajuste a las exigencias imparciales de la perspectiva impersonal; y la segunda es la presencia del comportamiento razonable con fuertes motivos personales de los ciudadanos. Pero, como es claro, al proponer este ideal es posible percibir cuán difícil será realizarlo, pues sus dos condiciones empujan en direcciones opuestas (Nagel, 1989: 29).

A pesar de dicha complejidad, Nagel sostendrá la viabilidad de su propuesta en *La posibilidad del altruismo* en donde distinga a las razones neutrales con respecto al agente de las razones para la acción relativas al agente. Las primeras, “son razones especificadas mediante principios universales que a pesar de todo se refieren de manera no eliminable a rasgos o circunstancias del mismo agente para quien son razones”; es decir, son razones que impactan en situaciones del agente. (Nagel, 2004: p. 49). Mien-



tras que, las segundas, son “razones neutrales con respecto al agente que dependen de lo que todo el mundo debe valorar con independencia de la relación que tengan con él mismo”; en otros términos, son razones compartidas por la mayoría de las personas con independencia del *locus* personal. (Nagel, 2004: 49).

Así, las razones relativas podrían corresponderse con el punto de vista personal mientras que, las razones neutrales lo harían con el punto de vista personal. La reconciliación entre los tipos de razones –relativas o neutrales– y de los puntos de vista –personal e impersonal– permiten la reconciliación del Yo escindido del cuarto momento que permite, además, un sistema legítimo.

Sobre esa base, se afirma el valor uniforme de todas las vidas –fundamento ético desde el punto de vista impersonal– y se presenta el fundamento epistémico. La acción afirmativa aparece, entonces, como una medida provisional para garantizar la igualdad entre los ciudadanos; la paradoja de la acción afirmativa es que insiste en las condiciones de desventaja de los ciudadanos para buscar la igualdad de oportunidades.

Las ventajas específicas de la acción afirmativa se inscriben en el marco de la integración de los ciudadanos, la recuperación del talento desperdiciado por falta de oportunidades y la contribución a la justicia entre generaciones. En suma, la acción afirmativa busca difuminar las relaciones asimétricas entre los ciudadanos.

Sin embargo, no son pocas las voces que se han levantado en contra de ésta por considerarla injusta. Sostienen que supone un trato desigual de los ciudadanos frente a la ley.

Nagel responde a los objetores de la siguiente manera: “sostendré que aunque las políticas preferenciales no son requeridas por la justicia, no son seriamente injustas porque cualquier sistema del cual salen es ya injusto por razones que no tienen nada



que ver con la discriminación racial o sexual”⁶ (Nagel, 1973: 348).

Hay, además, tres objeciones importantes en torno a la noción de acción afirmativa. La primera señala que las acciones afirmativas han demostrado ser ineficientes pues ha habido poca movilidad entre los grupos en desventaja y los grupos dominantes. La segunda, conocida como la objeción de la “libertad deliberativa” señala que las acciones afirmativas son injustas pues restringen el rango de oportunidades de aquellos que quedan fuera por no pertenecer a los grupos favorecidos por las acciones afirmativas (Hellman & Moreau, 2013: 126)⁷. Finalmente, la tercera objeción sostiene que las acciones afirmativas minan la credibilidad social de los beneficiarios y su autoestima pues se presume que carecen de las cualidades suficientes para tener las oportunidades que les han sido abiertas vía las acciones afirmativas (Nagel, 1981: 6).

Para responder dichas objeciones, Nagel distingue entre acciones afirmativas suaves y acciones afirmativas fuertes. Las primeras serían aquellas que previenen la discriminación –consciente o inconsciente– al momento de realizar contrataciones, ascensos. Se trata de una suerte de radar que detecta cuando, sistemáticamente, se niega la igualdad de oportunidades para

⁶ I shall argue that although preferential policies are not required by justice, they are not seriously unjust either-because the system from which they depart is already unjust for reasons having nothing to do with racial or sexual discrimination. (La traducción es propia).

⁷ Affirmative action might deny deliberative freedom to those not favored by such programs, by restricting the range of opportunities or might be demining to its intended beneficiaries, because it it presumes they have otherwise inadequate qualifications.

Las acciones afirmativas podrían negar la “libertad deliberativa” de aquellos que no son favorecidos por este tipo de programas, restringiendo su rango de oportunidades o minando a sus beneficiarios pues presume que, carecen de las cualidades suficientes para tener dichas oportunidades. (La traducción es propia).



los miembros de una sociedad. Sostiene Nagel, además, que la mayoría de las personas están dispuestas a aceptar dichas alertas o reportes en aras de mantener bien ordenada a la sociedad (Nagel, 1981: 6).

Las acciones afirmativas fuertes son aquellas que dan un trato preferencial a los miembros de los grupos que históricamente han sido privados de oportunidades y derechos. Con ello buscan restablecer el orden de la sociedad y revertir la injusticia histórica que, dichos grupos, han padecido. Sobre este tipo de acciones es a las que se dirigen las objeciones.

Respecto de la primera, la ineficiencia, Nagel afirma que es una observación desenfocada pues no ha pasado suficiente tiempo para invertir siglos de segregación, humillación, mutilación de derechos. Y aunque las acciones afirmativas son medidas temporales, es necesario que pasen todavía más décadas antes de poder juzgar y sopesar el valor de su alcance.

En cuanto a la objeción de la inequidad, o negación de la libertad deliberativa, Nagel admite que se trata de la crítica más fuerte y que genera mayores sentimientos de resentimiento social pues, pareciera, que no hay relación entre privilegiar a un grupo débil y negar, en consecuencia, la oportunidad a un individuo calificado. Y es, precisamente, en ese enfoque en el que radica la debilidad de la crítica pues ésta no logra superar el *locus* ventajoso y, por ende, no alcanza la posición impersonal.

Las acciones afirmativas, mediante el principio de diferencia, buscan restaurar la igualdad de oportunidades. Se trata de una medida paliativa y temporal: es un remedio a algunas injusticias históricas: “es simplemente un medio para aumentar la fuerza social y económica de los grupos anteriormente victimizados, y no estigmatizar a los demás”⁸ (Nagel, 1981: 7).

⁸ It is simply a means of increasing the social and economic strength of formerly victimized groups, and does not stigmatize others. (La traducción es propia).



Y aunque, en efecto, hay un elemento de inequidad en contra de un individuo se hace en aras del beneficio social por situaciones excepcionales, como en otros casos previstos en las legislaciones –situaciones de guerra, por ejemplo–.

La tercera objeción, el daño a la autoestima y a la percepción social es algo que se podría evitar si se partiera desde el punto de vista impersonal: si en lugar de mirar los estereotipos viésemos a los ciudadanos. Y, precisamente, las acciones afirmativas contribuirán –a mediano plazo– a construir dicha perspectiva epistémica.

Conclusiones

No vivimos en un mundo justo, en donde todos partamos de las mismas circunstancias; tampoco contamos con las mismas oportunidades. Por esta razón, el diseño de un sistema político debe reconocer las desventajas de ciertos grupos y nivelar el espacio del juego, si se quiere lograr el ideal democrático de convivencia justa ente iguales.

En este marco, me parece, que se inscribe el horizonte de alcance de las acciones afirmativas pues no es razonable querer perpetuar las desigualdades ni dejar atrás la vida de los ciudadanos miembros de los grupos menos aventajados.

La propuesta de Thomas Nagel se encuadra en los parámetros de la *Teoría de la Justicia* de John Rawls. Por ello, para justificar la incorporación de este nuevo concepto, Nagel se apoya en el principio de diferencia para garantizar el principio de igualdad de oportunidades. De este modo, se justifica dar un trato preferencial a ciertos grupos débiles –principio de diferencia– para que puedan tener mejores oportunidades que las que en condiciones normales habrían tenido.



Además, Nagel desarrolla a lo largo de *La posibilidad del Altruismo*, *El punto de vista desde ningún lugar*, *Igualdad y parcialidad*, entre otros, no solo la fundamentación política de las acciones afirmativas sino que –paralelo a la noción del velo de la ignorancia rawlsiana– ofrece explicaciones epistémicas que buscan fundamentar las exigencias morales de dichas acciones.

Por ello, Nagel introduce el punto de vista impersonal, desde el cual se fundamenta epistémicamente el concepto de acción afirmativa. Parte del principio de que la vida de cualquier otra persona importa tanto como la propia y que la propia vida no vale más que la de cualquier otro. Con esto, busca que los ciudadanos mejor posicionados abandonen el *locus* ventajoso desde el que quieren entender la justicia; Nagel espera que los ciudadanos intentemos comprender un mundo justo sin que importe la posición en la que jugamos: que pesen más los principios que los intereses.

El carácter temporal y paliativo de las acciones afirmativas las sitúan en la etapa legislativa; es decir que será mediante la corrección de las leyes y el impulso hacia ciertas políticas en donde las acciones afirmativas ejerzan su acción.

No son pocas las voces que insisten en el carácter injusto de las acciones afirmativas; me parece que dichos críticos equiparan justicia con igualdad de trato y esto es falso pues tratar a todos igual no es garantía de justicia mínima: las condiciones personales, la historia y la circunstancias son determinantes al momento de establecer qué es justo y qué no lo es; además de que dichos antecedentes y circunstancias juegan un papel central al momento de buscar la igualdad. No considerar dichas condiciones, historia y circunstancias sería impartir justicia y buscar la igualdad para un ciudadano fuera del tiempo: sin pasado y sin contexto. Eso sería una quimera de justicia e igualdad pues se orientaría a ciudadanos desarraigados y, por ende, incomprensibles.



La justicia necesita de la equidad para corregir –de ser necesario– las leyes y alcanzar el orden. De este modo, las acciones afirmativas ofrecen dos beneficios a la sociedad: ventajas directas hacia los individuos y grupos beneficiados por la apertura de oportunidades que históricamente les han sido negadas; además, la sociedad entera se beneficia de manera indirecta pues las acciones afirmativas colaboran en la construcción de una sociedad más igualitaria. Con ello, se logra la integración de los ciudadanos, la recuperación del talento desperdiciado y la justicia entre generaciones. Todo ello hace más fuerte el tejido social.

En definitiva, al no considerar las diferencias fácticas y asumir que la justicia es sinónimo de igualdad de trato y repartición de recursos, no solo sería equivocado epistémicamente sino un acto destempladamente injusto e insensible.

Bibliografía

- ANDERSON, T. (2004), *The Pursuit of Fairness: A History of Affirmative Action*, Oxford: Oxford University Press.
- ARNESON, R. (1990), “Primary Goods Reconsidered”, en *Nous*, vol. 24, num. 3, 429-454.
- COWAN, J.L. (1995), “Inverse discrimination” en *The Affirmative Action Debate*, Routledge: New York.
- DIETERLEN, P. (2010), “Los derechos económicos y sociales” Paulette Dieterlen (coord.), en *Los derechos económicos y sociales: una mirada desde la filosofía*, México, IIF-UNAM, pp. 125-146.
- HELLMAN, D. & MOREAU, S. (2013), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press.
- KANT, I. (1990), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Espasa-Calpe.



- KYMILICKA, W. (2002), *Contemporary Political Philosophy an Introduction*, Oxford, Oxford University Press.
- NAGEL, T. (1973), "Equal Treatment and Compensatory Discrimination", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 4, pp. 348-363.
- , T. (1981), "A Defense of Affirmative Action", en *Philosophy & Public Policy*, vol. 1, núm. 4, pp. 6-9.
- , T. (1989), *The view from nowhere*, Oxford: Oxford University Press.
- , T. (2003), "John Rawls and Affirmative Action", en *The Journal of Blacks in Higher Education*, núm. 39, pp. 82-84.
- , T. (2004), *La posibilidad del altruismo*, México: FCE.
- , T. (2006), *Igualdad y parcialidad: Bases éticas de la teoría política*, Madrid: Paidós.
- NUSSBAUM, M. (1993), "Equity and Mercy", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, núm. 2, pp. 83-125.
- RAWLS, J. (1995), *Teoría de la Justicia*, México: FCE.
- RAWLS, J. (2002), *La justicia como equidad*, Madrid: Paidós.
- RODRÍGUEZ, J. (2004), *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- RODRÍGUEZ, J. (2006), *Un marco teórico para la discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- RODRÍGUEZ, R. B. (2010), "Liberalismo y comunitarismo. Un debate inacabado" en *Studium: Revista de humanidades*, núm. 16, 201-229.
- ROMERO ROISIN, J. P. & AYALA, F. (2006), "Comunitarismo versus Liberalismo" en *Estudios Políticos*, núm. 8, 43-57.
- SOWELL, T. (2005), *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*, Connecticut: Yale University Press.
- (2013), *Informe de movilidad social en México 2013: imagina tu futuro*, México: Centro de Estudios Espinosa Yglesias.



Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia¹

Juan Carlos Velasco Arroyo

Instituto de Filosofía del CSIC, Madrid

Las políticas públicas conocidas con el nombre de discriminación positiva en favor de determinados grupos minoritarios se suelen encuadrar dentro de las llamadas políticas del multiculturalismo o de la diferencia (cfr. Wievior-ka, 2004). Precisamente en el marco de estas políticas públicas encaminadas al reconocimiento de las diferencias culturales de los grupos minoritarios y de sus expresiones identitarias es en el que será abordada tal forma de discriminación a lo largo de esta contribución. Con todo, resulta preciso dejar constancia desde un principio que la discriminación positiva no apunta necesariamente a objetivos fijados en términos culturales o identitarios. Su práctica se enmarcaría, más bien, dentro de un proyecto político destinado a configurar una sociedad más justa y equitativa. Con todas las salvedades que uno quiera formular, la plena integración de los grupos sociales desfavorecidos sigue constituyendo en teoría uno de los puntos más destacados de la agenda política de los gobiernos de casi todo el mundo y más aún si és-

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de la Red Europea de Investigación y Formación *Applied Global Justice* (HPRN-CT-2002-00231), aprobada y financiada por la Comisión Europea. Publicado originalmente como "Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia", *Daimon*, núm. 41 (2007), págs. 143-158. [ISSN 1130-0507] Online: <http://revistas-um.es/daimon/article/view/20821>. Reproducido con autorización del autor.



tos deben responder ante la opinión pública mediante consultas periódicas. La presencia de amplios grupos marginados o discriminados atenta contra valores políticos tan elementales como la igualdad o la justicia social con los que se identifica el orden constitucional de la mayoría de los Estados contemporáneos. En esa misma medida, la supresión de tales situaciones representa un auténtico e insoslayable reto para cualquier sociedad democrática.

Con el objeto de hacer efectivo el principio de igualdad y erradicar la discriminación social han ido surgiendo durante los últimos tiempos diferentes iniciativas, entre las que destacan un conjunto de medidas que otorgan a los miembros de los grupos que han estado sometidos en el pasado a un régimen discriminatorio un tratamiento preferencial en el reparto de ciertos recursos básicos (cfr. Sabbagh, 2004, 5). Se trata de programas diseñados específicamente para compensar a dichos individuos, así como para eliminar aquellos efectos derivados de esta situación de desventaja que de otro modo se perpetuarían. Los primeros programas conformados con tales criterios se idearon a mediados del siglo xx en los Estados Unidos, momento en el que se empezaron a implementar una serie de medidas legales en favor de minorías tradicionalmente marginadas que recibieron el nombre de ‘acción positiva’ (*affirmative action*), etiqueta que corresponde a lo que en otros lugares se conoce como ‘discriminación positiva’ o ‘discriminación a la inversa’. Estas intervenciones surgieron, en gran medida, como respuesta a la presión ejercida por el movimiento de derechos civiles contra la segregación racial y recibieron posteriormente la cobertura jurídica de diversas sentencias del Tribunal Supremo estadounidense. Estas decisiones políticas se tomaron en un contexto histórico-social que puede describirse del siguiente modo: una vez lograda la igualdad racial en el plano legislativo y se abolieron infinidad



de normas tanto a nivel federal como sobre todo a nivel de los distintos Estados de la Unión que afectaban negativamente en particular a los ciudadanos negros (en concordancia con las diversas enmiendas constitucionales aprobadas tras la Guerra de Secesión), seguían persistiendo de hecho toda una serie de discriminaciones raciales a las que era urgía poner fin². El objetivo inicial no era, pues, la salvaguardia de pluralidad cultural de la sociedad estadounidense, pero en tanto que este tipo de intervención afecta a grupos desfavorecidos que con frecuencia se definen por su pertenencia étnica o cultural, no es de extrañar que al final se acaben haciendo explícitos estos marcadores de grupos. De este modo se hace patente también la dificultad de disociar el debate sobre el multiculturalismo –relativo a la afirmación y el reconocimiento de la diversidad cultural– del debate sobre la desigualdad económica y la exclusión social.

Los programas de discriminación positiva consisten básicamente en la puesta en marcha de medidas que, aunque formalmente discriminatorias, están destinadas a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho y se aplican, preferentemente, en el ámbito laboral, el sistema educativo y la política de vivienda. Un rasgo característico de estos programas sociales y reglamentaciones especiales es que se establecen en virtud de criterios étnicos o de género. Así, y de acuerdo con dichas pautas, en numerosas universidades estadounidenses y en diferentes departamentos de la administración o bien se reserva un número mínimo de plazas para determinadas minorías o bien se considera la preferencial racial como un posible factor de selección, entre otros: en primer lugar, y como ya se ha indicado, en favor de los afroamericanos

² La abolición de la esclavitud decretado por la Decimotercera Enmienda (aprobada en 1865) no impidió por sí misma la perpetuación de la estratificación racial: “la discriminación racial sistemática del pasado ha creado una nación en la cual las posiciones de poder y prestigio han estado ampliamente reservadas para una raza” (Dworkin, 2003: 447).



descendientes de esclavos y, luego, también a otros grupos tan heterogéneos como mujeres, americanos nativos o aborígenes, latinos, asiáticos, etc. Algunas de estas políticas de admisión sensibles a la raza y a otros indicadores de grupo son vinculantes no sólo para las administraciones públicas sino también para las empresas privadas, de tal manera que si éstas no cumplen con los cupos asignados a los diferentes grupos minoritarios pierden el acceso a créditos y contratos públicos e incluso pueden llegar a ser sancionadas. Siguiendo este mismo modelo, diversos países del Viejo Continente, así como la propia Unión Europea, a través de la “Directiva sobre igualdad de trato” del 9 de febrero de 1976, han ido adoptando medidas promocionales sobre todo en favor de las mujeres para facilitar su acceso a determinados puestos de la administración pública. Con la misma finalidad, algunos partidos políticos de distintos países –empezando por los escandinavos– han establecido en los órganos de dirección cupos mínimos de representación reservados a las mujeres.³

En lo que sigue, se analizarán algunas de las objeciones más habituales formuladas contra los programas de discriminación positiva (1), para luego pasar a revisar las razones que aducen quienes abogan por ellas (2) y, en último lugar, se tratará de señalar los criterios que habrían de cumplirse en la implementación de la discriminación positiva para responder a las exigencias de las diversas dimensiones de la justicia (3). El marco normativo general desde el que se abordarán aquí todas estas cuestiones responde, por un lado, a los criterios de la teoría de la justicia de

³ El término *minoría* o *grupo minoritario* hace referencia sobre todo a elementos cualitativos y no cuantitativos: en particular, a las circunstancias de desventaja y/o subordinación estructural con respecto al grupo mayoritario y/o dominante en la sociedad. Esto es lo que permite afirmar, por ejemplo, que las mujeres, a pesar de representar la mitad de la población de cualquier sociedad, constituyen de hecho en numerosos lugares una minoría que es objeto de trato discriminatorio (cfr. Osborne, 1996).



inspiración rawlsiana (aunque sin aferrarse a la letra de su autor) y, por otro, a la reactualización de la tradición republicana que entiende la asociación política como una comunidad de ciudadanos libres e iguales.

Cuestionamiento de la discriminación positiva

Los programas y acciones de discriminación positiva han alimentado multitud de debates públicos y han sido objeto de innumerables críticas, aunque pocas son las que llegan a cuestionar seriamente su funcionalidad y efectividad al no venir avaladas por datos rigurosos (cfr. Dworkin, 2003: 419-447). Han menudeado al respecto las anécdotas, las vaguedades, las reiteraciones de estereotipos y las medias verdades. Pero, de hecho, en los Estados Unidos, en donde hace ya medio siglo se pusieron marcha tales programas especialmente en el ámbito educativo, se han obtenido resultados bastante satisfactorios en relación a la equiparación progresiva de las mujeres y de los asioamericanos (así como de otras minorías étnicas) en el mercado laboral y a su presencia en puestos de responsabilidad; con todo, en lo que respecta a la minoría afroamericana los resultados pueden ser algo más ambivalentes (cfr. Rommelspacher, 2002: 194-197). Sin embargo, y con independencia de su eficacia, el marcado significado simbólico que encierran estas medidas representa una piedra de escándalo para sus impugnadores y concita agrias descalificaciones, que lejos de decrecer con el paso de los años, no han ido sino en aumento. Sus detractores en Estados Unidos, entre los que se encuentran conocidos autores y políticos conservadores, han logrado que sus opiniones sean atendidas por los tribunales de justicia. Sobre todo a partir de los últimos años de la pasada década, diversas sentencias –en particular, la emitida en 1996 con ocasión del caso



Hopwood vs. Texas– se han encargado de ir desmontando el sistema de admisión a las universidades basado en la preferencia racial.

Quienes se muestran en contra de tales medidas esgrimen motivos variopintos. Hay así quienes alegan que defender políticas activas en favor de un determinado colectivo constituye una forma de paternalismo estatal avalado por la fuerza de la ley, pues, de alguna manera, determinados ciudadanos serían tratados como si fueran menores de edad. Es más, tales medidas se situarían en abierta contradicción con el precepto antiperfeccionista liberal. Para quienes se muestran partidarios de una sociedad regida por el mérito personal como máximo criterio de justicia, la inadecuación de la discriminación positiva no podría ser mayor. En esta dirección, una objeción típica es la formulada por Giovanni Sartori (2003: 51) con total sencillez y contundencia: “La discriminación consiste en favorecer o desfavorecer injustamente a grupos de personas basándose en cuestiones que son ajenas a sus méritos y habilidades”⁴. Por su parte, los liberales de carácter más conservador y radical, los llamados *libertarios*, sostienen que las tentativas de rectificar legalmente las circunstancias desiguales conducen “inevitadamente, como en una *pendiente resbaladiza*, a la intervención social opresiva” (Kymlicka, 1995: 174). Se muestran convencidos de que los poderes públicos no deberían intervenir para corregir las desigualdades sociales: el respeto por la igual libertad implica que todos los individuos en la sociedad deben pasar por las mismas pruebas.

Dejando ahora al margen las impugnaciones de carácter más bien republicano (que serán tomadas en consideración en el apartado tercero de este trabajo), existen otras objeciones contra la discriminación positiva que son igualmente dignas de ser atendidas o, al menos, de ser examinadas con cuidado. Par-

⁴ Una réplica, igualmente contundente, se encuentra en Young, 2000: 323-378 (“La acción afirmativa y el mito del mérito”).



ticularmente incisivas son aquellas que denuncian los controvertibles argumentos utilitaristas con los que los defensores de esas políticas tienden a silenciar el quebranto de derechos que algunos individuos han de padecer por el hecho de pertenecer a la mayoría social, incluso aunque sean miembros marginales de la misma. Así se manifiesta, por ejemplo, un destacado liberal estadounidense (o, en términos europeos, un progresista) como Ronald Dworkin (1984: 327-348; 1994: 182-190), que ha criticado duramente los argumentos esgrimidos para postergar a determinados individuos en sus aspiraciones a ocupar un puesto de trabajo o a acceder a una plaza escolar. Este comprometido filósofo analítico señala que el mayor riesgo de tales prácticas estriba en que lo que se inicia de forma localizada y temporal acabe convirtiéndose en un modo de proceder permanente y extensivo (y que además sea interiorizado por los beneficiados como derechos adquiridos), contraviniendo así su razón inicial, que no era otra que la superación de toda clase de discriminación. Los problemas no surgen tanto en el nivel de la justificación teórica de los principios que rigen la llamada política de cuotas como en el de la aplicación práctica de esa política. Un modo de proceder serio y respetuoso requeriría que, en cada situación concreta, se buscase el modo de evitar que los derechos legítimos de un particular pudieran ser sacrificados en aras del objetivo político de la promoción social de los grupos desfavorecidos. En definitiva, de lo que se trata es de ser consecuente en la crítica del principio rector del utilitarismo y de una vez tomarse los derechos de todos los ciudadanos en serio. Ciertamente, la negación de derechos a algunos individuos e, incluso, a grupos enteros, puede resultar una fuente de utilidad para el conjunto de la sociedad, pues –siguiendo la famosa distinción de John Rawls (1996: 79-85)– no es necesariamente *irracional* desde el punto de vista del cálculo de utilidad colectiva, aunque sea algo profundamente *irrazonable*



desde el punto de vista de la justicia o de la distribución equitativa e imparcial de bienes y derechos. Semejantes argumentos son los que le mueven a Dworkin a admitir la discriminación positiva tan sólo bajo severas condiciones. En particular, hace suya la posición del juez del Tribunal Supremo Lewis Powell en el conocido caso *Regents of the University of California vs. Allan Bakke* (1978), en el sentido de que “las preferencias racionales están permitidas si su propósito es mejorar la diversidad racial entre los estudiantes y si no estipulan cupos fijos para las minorías, sino que toman en cuenta la raza como un factor entre otros muchos” (Dworkin, 2003: 449).

En la ya dilatada práctica de los sistemas de cuotas se observa que las mayores dificultades surgen –como ocurre con la mayoría de las decisiones jurídico-políticas– cuando se han de resolver en los casos particulares conflictos provocados por la colisión de diversos derechos igualmente protegibles. Este escollo saltó a la palestra en Europa con ocasión de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, publicada el 17 de octubre de 1995 (caso *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*). Este fallo fue posteriormente refrendado por el Tribunal Federal alemán de lo laboral (*Bundesarbeitsgericht*, marzo 1996). El Tribunal Europeo otorgaba la razón a un ingeniero (el señor Kalanke) que perdió un concurso de promoción interna en el servicio municipal de parques y jardines de la ciudad-estado de Bremen porque, en igualdad de capacitación profesional, su oponente era una mujer (la señora Glißman, también ingeniera). El señor Kalanke se amparaba precisamente en la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. El fallo levantó una auténtica polvareda por la rotundidad con que establecía la ilegalidad (más bien, su no adecuación al derecho comunitario) de la discriminación positiva en favor de la mujer en la atribución de empleos públicos. La sentencia



proscribe aquella forma determinada de acción positiva consistente en imponer la preferencia de una persona por su mera pertenencia al sexo femenino en aquellos sectores laborales en los que las mujeres estén infrarrepresentadas. Rechaza el automatismo y la prelación absoluta e incondicional de las mujeres en los procesos de selección y promoción, pues, al impedir la necesaria consideración ponderada de los casos particulares, se discrimina negativamente a los varones con capacidades similares y se sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo de la Directiva Comunitaria. De la sentencia de este Tribunal no cabe deducir, sin embargo, el cuestionamiento de la acción positiva en su conjunto como mecanismo idóneo para la erradicación de las desigualdades que tienen origen en el género⁵, sino tan sólo una desautorización en toda regla de un singular modo de aplicación. La adopción de medidas de discriminación positiva en favor de determinadas minorías no debe convertirse nunca, como afirma el Tribunal, en un expediente automático para excluir a nadie *a priori* sin antes examinar con objetividad cada solicitud o candidatura.⁶

⁵ Conviene no confundir género y sexo, pues mientras que éste se refiere a una realidad física o biológica, aquél introduce una variante sociohistórica. El “género” sirve como categoría destinada a estructurar la diferencia “sexual”: una construcción cultural elaborada en cada tiempo y en cada sociedad de una manera diversa.

⁶ Cabe alegar, en contra de la sentencia del Tribunal Europeo, que, en realidad, la administración de Bremen no aplicó automáticamente la cláusula de la preferencia femenina, sino que fueron tomados en cuenta otros requisitos: una misma capacitación entre las personas que optaban al procedimiento de selección y una infrarrepresentación de las mujeres en el sector laboral afectado (mediante la correspondiente certificación oficial). A favor de medidas como las tomadas por la ciudad de Bremen debería subrayarse que de hecho ya han mostrado su virtualidad como *programas de aprendizaje social a largo plazo*, ya que han posibilitado que se sometieran a discusión pública los motivos que justificaron la discriminación tradicional de las minorías constituidas en razón de género o de raza. Y si esto es valorable positivamente, entonces el fallo del Tribunal Europeo representa, como sostiene Sybille Raasch (1995: 495), un paso atrás en ese necesario proceso de aprendizaje colectivo.



Dos años después de la sentencia del caso *Kalanke*, en noviembre de 1997, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha corregido su propia doctrina, dictaminando ahora la legalidad *prima facie* de la discriminación positiva en favor de la mujer.⁷ En cualquier caso, las fluctuaciones de la jurisprudencia europea sobre las distintas formas de discriminación social no difieren en mucho de las observables en la jurisprudencia estadounidense sobre la misma materia. En 1954, en su decisión del caso *Brown vs. Board of Education*, el Tribunal Supremo sostuvo que la “igual protección de las leyes” incluida en la Decimocuarta Enmienda prohíbe a los Estados federados la segregación racial en las escuelas públicas. En 1978, el mismo Tribunal interpretó en el caso *Bakke* que esa cláusula prohíbe también ciertas formas de aplicar la discriminación positiva (cfr. Dworkin, 1994: 182). Y finalmente, tal como se ha mencionado anteriormente, en 1996 la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito anuló la sentencia del caso *Bakke* y consideró inconstitucional los planes de admisión que diversas universidades venían aplicando en consonancia con la doctrina establecida en dicha sentencia (cfr. Dworkin, 2003: 419-421).

⁷ En la sentencia sobre el denominado caso *Marschall*, del 11 noviembre de 1997, el Tribunal de Luxemburgo declara con menos paliativos la legalidad de la discriminación positiva en favor de la mujer (en el caso *Kalanke* la había declarado ilegal cuando se aplica de forma “absoluta e incondicional”): “a menos de que haya motivos relativos a la persona de un candidato masculino que hagan inclinar la balanza a su favor”. Admite así un cierto automatismo (sic) siempre y cuando los demandantes de un empleo o de una promoción tengan la misma capacidad y haya más hombres que mujeres en el sector afectado. Debe descartarse la prioridad en favor de las mujeres “cuando uno o varios de los criterios inclinen la balanza en favor del candidato masculino”. El Tribunal toma en cuenta el hecho de que ante una promoción “en caso de igual capacitación existe la tendencia a preferir a los hombres en detrimento de las mujeres como consecuencia de los prejuicios tenaces y de las ideas estereotipadas sobre la función y las capacidades de la mujer”. En consecuencia, declara legal una ley que “tiene por objetivo preciso y limitado autorizar medidas aparentemente discriminatorias que intentan eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad de la vida social”.



Una observación crítica de signo divergente es la desplegada por Charles Taylor, abogado en este punto de las políticas del multiculturalismo. Su preocupación es la justificación de las regulaciones jurídicas específicas que protegen a la minoría francófona en Canadá (que en la región de Quebec constituye a su vez la mayoría social) a fin de asegurar el mantenimiento y el florecimiento de su identidad cultural. Taylor se manifiesta en contra del carácter temporal de los sistemas de cuota, pues según él implica una cierta estrechez de miras. Suelen proyectarse con un limitado horizonte temporal, en congruencia ciertamente con la esperanza de que gradualmente se nivele el campo de juego de tal manera que las viejas reglas ciegas puedan retornar a su antiguo vigor sin discriminar (negativamente) a nadie, pero lo que se precisaría, en realidad, serían medidas de carácter permanente que respondieran a la aspiración legítima de las comunidades culturales, y no sólo de los individuos, a no perder nunca su identidad y a sobrevivir como tales comunidades (cfr. Taylor, 1993: 63-64).

Razones en favor de la discriminación positiva

En la medida en que la discriminación positiva institucionaliza un trato preferencial y, en definitiva, una forma de discriminación que infringe el principio general de igualdad de trato, requiere un especial esfuerzo de justificación, pues la carga de la prueba indudablemente le corresponde a quienes abogan por ella. No obstante, a éstos les asisten argumentos de peso. Las políticas de discriminación positiva tienen como objetivo prioritario atender a una razón de estricta justicia: eliminar el daño injustamente inferido a un determinado grupo social. Una segunda finalidad, derivada también de la idea de justicia, sería



compensar a los miembros de grupos específicos por las consecuencias de la discriminación de la que han sido objeto en el pasado y en el presente en los distintos ámbitos de la vida social: en la escuela, los servicios públicos, la distribución de la vivienda, la presencia en los medios de comunicación y, particularmente, en el mercado de trabajo (atendiendo así la dimensión *retrospectiva* de la justicia). O, de un modo aún más genérico, compensar las injusticias percibidas de exclusión y negación del reconocimiento. Una tercera finalidad, complementaria con las anteriores, sería lograr mediante tales compensaciones una igualdad de oportunidades real y no meramente formal para esos grupos que se han encontrado o se encuentran infrarrepresentados en los puestos decisivos de la sociedad y, en consecuencia, han estado o están en una situación de subordinación (atendiendo ahora a la dimensión *prospectiva* de la justicia).

En plena correspondencia con los objetivos asignados a la discriminación positiva, las estrategias argumentativas empleadas para justificarla exhiben generalmente dos modalidades diferentes, que en los debates públicos suelen esgrimirse conjunta o alternativamente: se tratan o bien de argumentos de carácter retrospectivo o bien de argumentos de carácter prospectivo (cfr. Boxill, 1995). Los argumentos de carácter retrospectivo inciden en que las medidas de trato preferente deben ser consideradas como una compensación por daños indebidos recibidos en el pasado, que suponían graves violaciones del principio de igualdad de oportunidades. Por su parte, los argumentos de carácter prospectivo defienden tales medidas en virtud de consecuencias supuestamente buenas al contribuir a equiparar oportunidades, así como a socavar los estereotipos raciales y sexuales.

De hecho, en todos aquellos lugares donde han sido puestas en marcha, tanto en Norteamérica como en Europa, la discriminación positiva suele ser presentada como medidas tendentes a



solventar una discriminación histórica, a reparar o a compensar alguna injusticia profundamente arraigada en las actitudes, comportamientos y estructura de una sociedad, de modo que determinados grupos menos favorecidos se ven forzados a competir en continua desventaja. Dado que tales injusticias constituyen situaciones de hecho, más que conductas imputables, al menos en el momento actual, existen nulas posibilidades de que un infractor pueda ser denunciado individualmente. Pero esta circunstancia no es una razón para que no se articulen desde los poderes públicos y con instrumentos jurídicos respuestas eficaces para corregir tales situaciones de subordinación y marginación, sino más bien un argumento para proceder a ello. Mediante la concesión de oportunidades especiales en favor de los colectivos en desventaja –yendo, pues, más allá de la igualdad de oportunidades aparentemente neutral– se trataría de superar una situación de desigualdad fáctica que la mera igualdad formal no puede disolver: “Hay que admitir que no basta con garantizar la igualdad en los derechos por encima de la diferencia racial para conseguir una igualdad efectiva, entre otras razones porque hay una desigualdad heredada, que impide hablar de igualdad en el punto de partida y exige un trato desigual, es decir, medidas de discriminación positiva” (De Lucas, 1994: 192). Los programas específicos de discriminación positiva pretenden romper con esos mecanismos que perpetúan la *transmisión hereditaria* del capital económico, cultural y social entre generaciones y que impide el acceso igualitario a los bienes sociales (cfr. Rommelspacher, 2002: 212). El caso de los Estados Unidos muestra claramente cómo, muchas décadas después de la supresión efectiva de las leyes racistas que discriminaban negativamente a la población negra, sus integrantes seguían sobrerrepresentados entre los estratos más bajos de la estructura social. Amparándose en estas razones, múltiples textos legales de los regímenes democráticos,



así como la jurisprudencia, señalan la necesidad de que los órganos estatales vayan más allá del mero hacer respetar las reglas formales de igualdad y no discriminación y, en consecuencia, se insta a los poderes públicos –como señala, por ejemplo, la Constitución Española de 1978 (art. 9.2)– que promuevan las condiciones para la libertad y la igualdad, así como que remuevan los obstáculos que impiden la vigencia en plenitud de tales valores. El mero hecho de no corregir las situaciones de subordinación contribuye a su reproducción.

De acuerdo con el principio de no discriminación, en un sistema democrático respetuoso con los derechos humanos no es admisible que determinadas minorías se encuentren oprimidas o perseguidas, esto es, que a determinados grupos humanos les sean denegados la titularidad y el disfrute de los derechos que poseen los otros miembros de la comunidad. Si bien parece que esta formulación negativa no suele cuestionarse, no sucede lo mismo con la justificación del reconocimiento activo de derechos a las comunidades minoritarias presentes en un determinado Estado, ni con ciertas medidas de intervención activa, promovidas con el fin de que los miembros de esas comunidades no pierdan su identidad cultural y/o puedan acceder a bienes básicos (educación, trabajo, sanidad, vivienda, etc.) en igualdad de oportunidades reales con el resto de la población.

En principio, la mera noción de derechos particulares podría confundirse con las categorías de *fuero* (entendido como condición eximente de determinadas obligaciones) y *privilegio* (en el sentido también de permitir ‘una excepción’ a una regla general). De esta manera no sólo se invertiría el orden de los privilegios en lugar de suprimirlos, tal como sostiene Slama (2004), sino que se entraría en flagrante contradicción con el principio democrático de igualdad de derechos y, más concretamente, con aquella interpretación del mismo que exige que todos los hombres y mujeres



deben ser considerados de igual modo y que reclama que la ley se muestre consecuentemente neutral o ‘ciega’ ante las diferencias que presenten los sujetos individuales y que, por tanto, desconozca el conjunto de particularidades que conforman la complejidad real de la condición humana. Sin embargo, dado que en la práctica las condiciones de partida no son iguales para todos los miembros de una sociedad, dicha aplicación ciega de normas no hace sino consagrar la desigualdad originaria: aplicar estrictamente el principio de igualdad a situaciones de hecho desiguales es conculcar el principio mismo. La igualdad formal, conseguida en parte en muchos lugares, ha dejado al descubierto de manera patente un trato fáctico desigual. De ahí que, como afirma Carens (2004: 396, nota 1), “algunas formas de derechos legales diferenciados (por ejemplo, los derechos de discriminación positiva) tienen como objetivo materializar más que negar el ideal de igualdad cívica. Sea cual fuere nuestra opinión sobre los méritos de estas polémicas disposiciones, es obvio que no pretenden imponer la subordinación y la desigualdad del mismo modo que lo hacían, pongamos por caso, las distinciones legales de la época feudal entre la nobleza y el campesinado”. Sólo si se posterga el principio de igualdad formal ante la ley y simultáneamente se realza el principio de igualdad real de oportunidades estaría justificado (y, además, adquiriría pleno sentido) articular medidas que procurasen la equiparación de los participantes en el campo de juego, por lo menos hasta que puedan entrar de nuevo en vigor las antiguas reglas ciegas, esto es, hasta que nadie pueda verse perjudicado por su empleo (cfr. Taylor, 1993: 63). Si se siguen estas pautas, nada impide que encuentren un sitio en una concepción de la justicia como imparcialidad ciertas medidas de carácter temporalmente limitado, normas meramente coyunturales, puestas en vigor con la finalidad expresa de fomentar la integración de los grupos minoritarios.



En virtud de las razones anteriormente invocadas, determinadas medidas encaminadas a facilitar el acceso al empleo o a la financiación especial de la educación para ayudar a ciertos grupos cuyos miembros sufren carencias estructurales y sistemáticas pueden resultar legítimas. Con todo, se precisa que para ello se defina la carencia en términos universales, esto es, como la falta de bienes, recursos y oportunidades cuya posesión se considera ventajosa en términos generales. Sin tener que renunciar a la noción de los derechos universales válidos para todos, se puede argumentar que existen casos “en que un sistema de derechos basados en los grupos que sufren carencias sistemáticas sería una manera de ayudar a satisfacer la demanda liberal igualitaria de que los individuos no deben tener menos recursos y oportunidades que otros cuando la desigualdad ha sido el producto de circunstancias en cuya generación ellos no tuvieron responsabilidad; sin embargo, el trato especial para los miembros de los grupos desfavorecidos sólo se justifica durante el tiempo en que persista la desigualdad” (Brian, 2001: 52).

¿Reconocimiento o distribución? Discriminación positiva y dimensiones de la justicia

La puesta en marcha de programas de discriminación positiva denota el claro seguimiento de una política sensible a las desigualdades de oportunidades que padecen los miembros de una sociedad y, en esa misma proporción, indica la observancia de una política muy superior a la ausencia de medidas que caracteriza habitualmente al liberalismo, que en gran medida no es sino un universalismo abstracto a la defensiva y, en definitiva, un discurso impotente en la práctica a la hora de hacer retroceder



la injusticia social. Del pensamiento republicanismo cabría decir básicamente lo mismo si también se mantuviera anclado en la mera defensa del universalismo abstracto. Sin embargo, de esta tradición de pensamiento político surge una grave impugnación de la discriminación positiva, a saber: en nombre del principio de igualdad republicana se afirma que en el espacio público no hay el menor lugar para las minorías, pues en él sólo debe haber individuos libres e iguales en sus derechos. Formulada de otra manera, esta objeción invoca una condición elemental de la justicia social: disponer de un escenario jurídico-político *unificado* en el que en el que todos los individuos sean iguales ante la ley y estén sometidos a los mismos criterios generales. Tal exigencia de justicia –de la que aquí, en realidad, tan sólo se ha explicitado un criterio mínimo– debería servir también de orientación tanto a la hora de definir las políticas públicas de distribución de recursos y reconocimiento de las diferencias como en el momento de su implementación.⁸ Con todo, esta objeción afecta, a decir verdad, más a la consideración de la discriminación positiva como instrumento de una política del reconocimiento de las minorías inspirada por el multiculturalismo que a su consideración como herramienta de redistribución de los recursos sociales.

Con la mencionada objeción republicana acerca de los posibles efectos desintegradores de una política diseñada sobre las diferencias de grupos étnicos y culturales confluyen otras voces críticas. Así, los programas de integración de las diferentes minorías aplicadas en el ámbito educativo estadounidense se han convertido en un foco de atención para los críticos del multi-

⁸ Los planteamientos políticos del republicanismo –tanto en sus formulaciones clásicas como en las contemporáneas– exigen también fórmulas prácticas para luchar contra la pobreza y la ignorancia, las dos lacras que impiden el desenvolvimiento del *vivere libero* de los ciudadanos. Sin la articulación de un sistema de protección social y de educación pública no cabe entender cabalmente el modelo republicano. En esto se mostraría también una importante divergencia con respecto al modelo liberal.



culturalismo. Estas críticas han arreciado al ampliarse los indicios de que los grupos étnicos procedentes de las diversas olas migratorias no se han integrado como se esperaba y como hacía pensar la extendida imagen del *melting pot*.⁹ El modelo de armónica mezcla racial que idealmente constituiría la base social de los Estados Unidos y su orgullo como nación parece haber entrado en una profunda crisis (cfr. Huntington, 2004). Como consecuencia de ello, también el multiculturalismo ha sido puesto en solfa en cuanto proyecto social y político de convivencia entre diferentes grupos y comunidades.

Pese a que la sensibilidad hacia las minorías culturales –de la que hacen gala, por ejemplo, Taylor y Kymlicka– forma parte de la llamada *corrección política*, son cada día más quienes desde tribunas progresistas alzan su voz en favor de la revisión de los programas de discriminación positiva. Denuncian que unas políticas bienintencionadas, eso sí, rehabiliten, alimenten e institucionalicen una noción científicamente tan sospechosa y políticamente tan perniciosa como es la de la división de la humanidad en razas y géneros: “Al trazar la discriminación tomando como bases las disparidades étnicas como si esas diferencias fueran objetivamente reales, los antirracistas están reforzando la creencia de que las diferencias étnicas son verdaderamente absolutas” (Baumann, 2001: 83). El uso de nociones biológicas favorecería, por un lado, la reactualización del antiguo sistema de separación por razas y contribuiría, por otro, al empobreci-

⁹ El *melting pot* –expresión acuñada en 1908 por un escritor inglés, Israel Zangwill–, este famoso tazón en el que se fundirían los eslavos y los teutones, los celtas y los latinos, los judíos y los gentiles, ha simbolizado el impulso asimilacionista. La *salad bowl*, la ensaladera en la que cohabitan uno al lado del otro, sin fundirse, los diferentes compuestos étnicos de la nación americana, se convirtió en los años ochenta en el emblema de los multiculturalistas, aunque el precursor es, en realidad, un filósofo de origen alemán llamado Horace Kallen, autor de una obra fundamental sobre el tema de 1924 (cfr. Lacorne, 2003).



miento de la noción de diversidad cultural. De hecho, para articular una ‘política de la diferencia’ –como la auspiciada por I. M. Young (2000), aunque lo mismo podría predicarse de la propuesta de W. Kymlicka (1996) a favor de derechos a favor de los grupos diferenciados– y dotar de una mínima racionalidad a la representación del grupo se requiere adoptar de algún modo una concepción naturalizada de los grupos étnico-culturales, esto es, concebirlos como si fueran grupos internamente homogéneos, claramente unidos, mutuamente excluyentes y portadores de intereses específicos definidos. Aunque Young niega explícitamente esta concepción de los grupos, se trata de una necesidad lógica, pues si los grupos no están nítidamente perfilados y sus miembros no tienen nada en común, ¿por qué estos individuos deberían estar representados como grupos y no como simples ciudadanos? (cfr. Barry, 2001: 50).

La misma definición pública de determinados atributos de identidad –étnica, cultural, sexual, religiosa, etc.– que necesariamente se requiere para poner en práctica medidas de discriminación positiva puede conllevar algunos efectos no previstos ni deseados. Un riesgo, no menor, estribaría en la posibilidad de que semejantes rasgos de identidad se erijan en instrumentos de exclusión social que contribuyan a consolidar los estereotipos negativos existentes y agudicen aún más la marginación de ciertas comunidades y grupos sociales. No parece tan claro que las políticas de acción positiva desarrolladas en tales términos favorezcan siempre, en contra del criterio expresado por Kymlicka (1996), la integración de las minorías en la mayoría social. En ningún caso deberían pasarse por alto las posibles consecuencias fatales de aplicar el factor étnico o de género pensando ingenuamente que siempre va a ser tenido en cuenta sólo para beneficiar a las minorías en desventaja: nada ni nadie nos garantiza desgraciadamente que, en manos de un grupo de ideología racista en



el poder, el sistema de cuotas no fuera empleado precisamente en contra de esas minorías. Una política centrada en la defensa del derecho a la diferencia corre además el riesgo de que bajo capa de “igualdad en la diferenciación se perpetúe o reinstaure la añeja desigualdad que tradicionalmente ha perjudicado a las minorías precisamente por ser diferentes” (Ruiz Miguel, 1994: 291). Queda así flotando un interrogante ciertamente peliagudo e inquietante: ¿cómo pueden superarse las discriminaciones históricas con la ayuda de las categorías de raza y sexo que las originaron? Pero, ¿puede vencerse la herencia de la segregación sin recurrir de alguna manera a tales categorías? Estas dos preguntas conforman los dos cuernos del dilema con el que se enfrentan las actuales políticas orientadas a la integración de las minorías (cfr. Ostendorf, 1992).

Las demandas de reconocimiento de las minorías étnicas y culturales no pueden ser rechazadas, sin embargo, recurriendo al fácil expediente de afirmar que resultan ajenas a las cuestiones medulares de la justicia, esto es, a las cuestiones que afectan al buen ordenamiento de la sociedad. El reconocimiento de la pertenencia cultural de cada individuo es un bien (o, si se prefiere, una necesidad) que ha de estar adecuadamente garantizado, pues se encuentra en relación directa con el bienestar y la estabilidad personal. Dada la relevancia de esta dimensión simbólico-cultural de la personalidad, su protección ha de considerarse una cuestión de justicia. Así, por ejemplo, en la influyente teoría de la justicia de John Rawls se contempla que entre los bienes básicos –bienes sociales primarios– que son objetos de distribución han de incluirse no sólo los derechos y libertades, sino también oportunidades, ingresos y bienestar, noción en la que se incluye “las bases sociales del respeto a uno mismo” (Rawls, 1979: 341), necesarias para que cada uno promueva sus fines con autoconfianza. Al amparo de esta amplia comprensión del ámbito posible de la



justicia, las llamadas políticas del reconocimiento encuentran su acomodo y justificación, pues en la medida en que la pertenencia cultural es un *bien básico* para el desarrollo de la autoestima individual ha de ser incluido entre los *distribuenda* que en nombre de la justicia deben ser repartidos equitativamente. Si uno de los cometidos principales de las teorías de la justicia distributiva es la especificación de principios y criterios normativos para asignar recursos relativamente escasos, también el reconocimiento de la especificidad cultural de los grupos e individuos –un bien social, en definitiva– tendría que ser objeto de consideración de tales teorías.

No obstante, las consecuencias de usar un lenguaje público que afirma e incluso subraya las diferencias no son en nada baladíes. Si se abandonan los presupuestos universalistas y se acentúan las tendencias particularistas, las políticas en favor de la coexistencia pacífica de diferentes culturas mediante mecanismos de discriminación positiva pueden generar un enquistamiento de las diferencias étnicas¹⁰. Eso es lo que ocurre con la retórica del separatismo cultural surgida como retoño bastardo –y no como consecuencia legítima– del discurso multiculturalista, pues, en realidad, supone su negación más completa en cuanto que rechaza la interculturalidad, esa constructiva y sugerente actitud de “aprender a ver a través de las fronteras” (Hughes, 1994: 110), por la que aquel discurso en principio aboga. De hecho, un objetivo buscado, pero aún apenas alcanzado,

¹⁰ Quizás fuera Nathan Glazer (1975) quien primero advirtió estos efectos no deseados de la discriminación positiva y señalara que el reconocimiento específico de los grupos radicaliza su voluntad de existencia y funciona más como impulsor de su identidad que como acomodador de la misma en el todo social. Glazer consideraba por entonces que, con tales medidas, la minoría negra se alejaba de la “inclusividad siempre en expansión” (*ever-expanding inclusiveness*) que caracterizaba hasta entonces al modelo de integración estadounidense. No obstante, cuando en 1987 reeditó ese libro, reconoció que, después de todo, sus temores aún no se habían hecho realidad.



por la discriminación positiva y la educación en la diversidad sería el fomento del diálogo intercultural: que los jóvenes de las nuevas generaciones tengan menos prejuicios sociales; que, por ejemplo, los jóvenes blancos se comuniquen más fácilmente con los negros y que éstos a su vez pujen por encontrar fórmulas diferentes al *tradicional círculo victivismo-revanchismo* en el que se han movido hasta ahora.

El discurso multiculturalista puede suponer un positivo contrapeso frente a la tendencia a la uniformización cultural que caracteriza al proceso de globalización en que estamos inmersos. No obstante, debería tenerse en cuenta que una retórica política centrada en el particularismo imposibilita la articulación coherente de los restantes motivos universalistas sobre los que se ha de apoyar necesariamente la defensa del pluralismo cultural: “La defensa de las minorías y sus derechos puede parecer a primera vista una manifestación de multiculturalismo, pero a menudo lleva en sentido contrario a un comunitarismo encerrado en sí mismo y, por tanto, hostil a la coexistencia con culturas diferentes” (Touraine, 1995: 14). La cuestión estribaría entonces en cómo reclamar el reconocimiento de las diferencias culturales con un discurso exento de un vocabulario universalista. La dificultad parece insuperable, pues, como sostiene Wellmer (1996: 100), “una ‘política de las diferencias’, sea en lo tocante a minorías culturales o en lo tocante a culturas no occidentales, no puede practicarse en absoluto sin un trasfondo de principios morales y jurídicos de tipo universalista”. Resulta por ello sumamente paradójico que, entre los defensores conservadores y comunitaristas del multiculturalismo, constituya un lugar común la crítica del proyecto ilustrado de la modernidad, concretado por primera vez en las revoluciones del siglo XVIII (cfr. Barry, 2001: 46-58). En línea con lo que Edmund Burke señaló ya en su momento de modo pionero, tales autores consideran que la



defensa de unos derechos universales, abstractos e impersonales destrozan el entramado sobre el que se sostienen internamente las sociedades. Sin embargo, el discurso ilustrado buscaba precisamente poner fin a las desigualdades injustificadas, como las que tienen su origen en el género, la raza o la clase social, y de este modo trataba de fortalecer la trama de la sociedad y aumentar su cohesión.

Dejando a un lado el posible riesgo de legitimar cualquier demanda de reconocimiento que formulen los grupos portadores de culturas diferenciadas (llámense etnias, religiones, naciones o civilizaciones), una política de la diferencia cultural puede contribuir a aumentar la confusión sobre la naturaleza de los problemas sociales más lacerantes, que a menudo no es fundamentalmente étnica ni cultural, sino económica: la persistente desigualdad en el acceso a los bienes materiales. El hecho de que en ciertos lugares las diferencias de género o la etnicidad se hayan convertido en categorías decisivas para considerar en términos políticos las diferencias sociales –desplazando al concepto de clase social– puede servir de coartada para soslayar las enormes desigualdades económicas que no acaban de desaparecer, hasta el punto de que “hoy en día puede seguir hablándose de la coexistencia del Tercer y el Primer Mundo” en el interior tanto de los países subdesarrollados como incluso de los desarrollados (Ostendorf, 1992: 860). Si las diferencias económicas siguen siendo relevantes, entonces, como sostiene Hughes (1994: 75) en referencia al ámbito educativo –aunque podría extenderse sin dificultades a otros sectores–, “una política más equitativa [...] sería ligar la preferencia en la admisión universitaria a la pobreza del estudiante, y no a su raza”, ni a su sexo.

Las políticas de discriminación positiva, plenamente justificadas en virtud de una interpretación integral y no formalista del principio general de igualdad, pueden ser objeto de usos ins-



trumentales ajenos a su planteamiento original. Situar un conflicto de intereses en el nivel de la identidad desplaza a menudo la controversia a un plano mucho más intangible, no exento de emociones: dentro de los conflictos sociales, los conflictos de identidad quizás sean los más difíciles de resolver, pues las diferentes partes implicadas tienden a insistir en la naturaleza no negociable y no argumentable de sus respectivas reivindicaciones. Cabe pensar que en ocasiones situar las reivindicaciones de recursos y derechos en el plano identitario pueda ser una “estrategema para la protección y la promoción de los intereses de los rezagados o los probables perdedores en la carrera por los beneficios de la sociedad” (Offe, 2004: 189) y que la movilización en nombre de la etnicidad y la identidad represente un instrumento útil para acceder a mercados laborales cada vez más precarios y mejorar la protección de determinados grupos. Puede haber, por tanto, intereses tácticos a la hora de reivindicar determinados modos de reconocimiento. No es preciso ser un cínico para admitir una cierta dosis de realismo: “un grupo que goza de derechos especiales es una colectividad cuyas élites, a pesar de la posición minoritaria de su electorado, consiguen movilizar un volumen de recursos políticos suficiente como para arrancar a la mayoría concesiones y privilegios especiales asignados colectivamente a los miembros del grupo” (Offe, 2004: 200). Si esto en gran medida es así, no debería descartarse que los programas de discriminación positiva se tornen en un arma de doble filo y su uso pueda resultar contraproducente al generar respuestas hostiles de segundo orden, a saber: medidas desproporcionadas o mal explicadas a la opinión pública pueden provocar que determinados segmentos del grupo mayoritario desplieguen una suerte de acción vengativa y tiendan a desacreditar como innecesarias y a estigmatizar como ilegítimas ciertas ventajas que de ellas se desprenden. De esta manera se invertirían los efectos positivos



buscados por este tipo de actuaciones y se generaría una suerte de discriminación secundaria sobre la base de la discriminación positiva.

Un grupo minoritario, esto es, un grupo candidato a reclamar derechos diferenciados en función de grupo, debe poseer algunos rasgos que lo caracterice como tal: ser una ‘minoría estructural’ -esto es, que en virtud de sus características constitutivas está destinada a ser minoría incluso después de que sus miembros hayan ejercido sus derechos individuales al máximo de sus posibilidades- y ser un ‘grupo (injustamente) oprimido’. De otro modo, no podría decirse que un grupo minoritario sea una minoría estructural injustamente oprimida (cfr. Offe, 2004: 194-195). Los miembros de estos grupos poseen características personales innatas o adquiridas poco después del nacimiento, características que no son fácilmente renunciables. Los portadores de marcadores significativos de este tipo se conciben o son concebidos por los demás como un grupo. De todas formas, tales grupos no se encuentran por ahí sin más, sino que deben ser designados en un acto de decisión política para poder ser legalmente reconocidos. Dicho de otro modo, esos grupos son el resultado de una definición política, un acto que no es inocuo en sus consecuencias, pues divide a la población de un Estado: “Todo acto de reconocimiento de un grupo como portador de derechos grupales está condenado a dividir el mundo en tres segmentos: el de los que no necesitan derechos grupales porque no pertenecen a una minoría injustamente oprimida; el de los que pertenecen a una minoría de este tipo y, por tanto, como tales son reconocidos; y los que aspiran a ese reconocimiento pero no lo consiguen, al menos de momento” (Offe, 2004: 198). A esta circunstancia, con las indeseables consecuencias ya señaladas, se le une además el hecho de que la asignación de derechos especiales –bien sea como privilegios legales o exenciones de de-



beres– en función de grupos implica admitir un fuerte estatus cuasi-corporativo: los individuos se insertan en un determinado grupo y el grupo, en cuanto que cuerpo colectivo, se erige en el destinatario de tales derechos. Son circunstancias que, sin duda, han de ser evaluadas antes de poner en funcionamiento determinadas medidas. Pero, en principio, no parece recomendable –si se asume el objetivo de establecer un marco jurídico-político único que posibilite la aplicación de políticas coherentes de justicia social– fomentar ningún de tipo de deriva comunitarista (como sería, por ejemplo, delegar en dirigentes o notables la tarea de organizar la promoción de ciertos miembros de su comunidad) y, menos aún, reforzar las lógicas de fragmentación cultural y social.

Con el objeto de impedir que la concesión de determinados derechos especiales, por muy justificados que estén, dé lugar a una dualización de la sociedad, o incluso un irreconciliable desgarramiento del *demos*, resulta conveniente determinar alguna cláusula de expiración de tales derechos o al menos un procedimiento de revisión. Además de concebir determinadas acciones preferenciales como medidas temporales, el grupo desfavorecido debe ser alentado a desarrollar competencia y confianza en sí mismo con el objeto de adquirir la capacidad necesaria para competir sobre la base de sus propios recursos. Fijar un plazo temporal sin duda ayudaría también a justificar tales programas especiales: están destinadas a promover las condiciones que permitan abolirlas en un momento dado (cfr. Offe, 2004: 202).

En el caso de algunas minorías étnicas dispersas y de algunas comunidades de inmigrantes carentes de una articulación territorial significativa, lo fundamental a la hora de lograr su pleno reconocimiento de su identidad es evitar que sus rasgos diferenciales puedan convertirse en motivo de desventaja o discriminación social. Las medidas que pueden paliar este peligro



son esencialmente de naturaleza antidiscriminatoria, esto es, encaminadas a asegurar efectivamente la igualdad de trato ante la ley. Por el contrario, el recurso a una discriminación de signo positivo choca con un importante obstáculo si no se lleva a cabo un considerable esfuerzo pedagógico para explicar su sentido y justificación, a saber: el que no se perciba con suficiente claridad la intención compensatoria de tal medida, de tal modo que el derecho a ser sujeto de una discriminación positiva pase a ser visto como un privilegio, esto es, como un derecho ajeno a la generalidad de la legislación. Otorgar un reconocimiento legal a las diferencias basadas en la cultura, en la identidad de los grupos y comunidades, es, en gran medida, volver a la época de los privilegios y las desigualdades. Por el contrario, la uniformidad de trato es el mayor enemigo de los odiosos privilegios. En ningún caso resulta aceptable supeditar la justicia a la identidad, ni pretender que en nombre de la misma se pongan límites a la solidaridad social, tanto entre las clases sociales como entre los diversos territorios que integran una unidad política.

Bibliografía

- BARRY, Brian (2001): “Cultura e igualdad”; en *Istor*, nº 7, 38-59.
- BOXILL, Bernard R. (1995): “Igualdad, discriminación y trato preferente”, en Peter Singer (ed.): *Compendio de ética*, Alianza, Madrid, 457-468.
- CARENS, Joseph H. (2004): “La integración de los inmigrantes”, en G. Aubarell y R. Zapata (eds), *Inmigración y procesos de cambio*, Barcelona, Icaria, 393-420.
- DE LUCAS, Javier (1994): *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid.



- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- (1994): *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona.
- (2003): *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona.
- GLAZER, Nathan (1975): *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Public Policy*, Basic Books, Nueva York.
- HUGHES, Robert (1994): *La cultura de la queja*, Anagrama, Barcelona.
- HUNTINGTON, Samuel P. (2004): *¿Quiénes somos? Los desafíos a la identidad estadounidense*, Paidós, Barcelona.
- KYMLICKA, Will (1995): *Filosofía política contemporánea*, Ariel, Barcelona.
- (1996): “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en *Isegoría*, n° 14, 5-36.
- LACORNE, Denis (2003): *La crise de l'identité américaine*, Gallimard, París.
- OFFE, Claus (2004): *Las nuevas democracias*, Hacer, Barcelona.
- OSBORNE, Raquel (1996): “¿Son las mujeres una minoría?”, en *Isegoría*, n° 14, 79-93.
- OSTENDORF, Berndt (1992): “Der Preis des Multikulturalismus. Entwicklungen in den USA”, en *Merkur*, n° 46, 846-862.
- RAASCH, Sibylle (1995): “Der EuGH zur Frauenquote”, en *Kritische Justiz*, n° 4, 493-498.
- RAWLS, John (1979): *Teoría de la justicia*, FCE, México.
- (1996): *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1994): “La igualdad como diferenciación”, en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 283-295.
- SABBAGH, Daniel (2004): “La tentation de l'opacité: le juge américain et l'affirmative action”, en *Pouvoirs*, n° 111, 5-18.
- SARTORI, Giovanni (2003): *Videopolítica*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey / FCE, México.



SLAMA, Alain-Gérard (2004): “Contre la discrimination positive”, en *Pouvoirs*, nº 111, 133-143.

TAYLOR, Charles (1993): *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, FCE, México.

TOURAINÉ, Alain (1995): “¿Qué es una sociedad multicultural?”, en *Claves de razón práctica*, nº 56, 14-25.

WIEVIORKA, Michel (2004): “La discriminación positiva”, en *La Vanguardia* (11 de noviembre), Barcelona.

YOUNG, Iris Marion (2000): *Justicia y política de la diferencia*, Cátedra-Universidad de Valencia, Madrid.





Vulnerabilidad, dignidad y derechos humanos¹

Luis González Placencia²

CIJUREP/UTLAX

Introducción

Desde hace aproximadamente un par de décadas, es un lugar común hablar de personas, colectivos y poblaciones vulnerables o, en el mejor de los casos, de situaciones de vulnerabilidad. Este discurso ha sido útil para describir una serie de características personales, así como situaciones materiales asociadas con una especie de debilidad –constitutiva en el caso de las personas y estructural en el de las situaciones– que aparece dada y que si bien no se considera inmodificable, en todo caso ello es debido a la intervención *ex post* de agentes sociales, entre los que se encuentran terapeutas, *coaches*, trabajadores sociales, fundaciones y otras instancias de asistencia pública y privada. Mi interés en este texto es el de poner a discusión la existencia natural de esa *vulnerabilidad*, así como revisar críticamente los mecanismos que la producen; en especial, me

¹ Agradezco los comentarios y observaciones realizados por Mario Alfredo Hernández al borrador final de este texto.

² El autor es profesor investigador del Centro de Estudios Jurídico Políticos de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y líder del cuerpo académico en Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Criminología de la misma universidad.



importa destacar que, precisamente desde la perspectiva de los derechos, la acción afirmativa –que se ha situado en el imaginario colectivo y en las políticas públicas como mecanismo para la compensación de aquellos colectivos cuyas identidades han sido históricamente construidas como merecedoras de la desigualdad– se visualiza y conceptualiza como un acto reparatorio –histórico y actual– del daño ocasionado a la dignidad de las identidades vulneradas, acumulado a través de generaciones.

Esta discusión cobra actualidad en el contexto de una especie de reacción en contra de una serie de movimientos de visibilización de dicha vulnerabilidad que, habiendo desagaviado el estatus de diversas y potencialmente todas las identidades sometidas a discursos y prácticas de dominio histórico, afirma que dichos movimientos generaron “desequilibrios” en las relaciones de igualdad al favorecer a las identidades emancipadas en detrimento de sus otrora dominadores.

Comienzo haciendo un breve recuento de la manera en que la construcción del concepto de vulnerabilidad favoreció una mirada minusvalorante de las diferencias individuales a favor de la justificación del dominio histórico de unas identidades sobre otras, para luego plantear la relevancia del concepto de dignidad humana como criterio de reivindicación frente a dicha minusvaloración. Finalmente, argumento que en el contexto del Estado Constitucional Garantista de Derechos, el concepto tradicional de acción afirmativa puede ser interpretado como una forma de cumplir con las obligaciones de garantía de los derechos fundamentales, así como con los deberes de reparación y prevención que impone al Estado nuestra Constitución General.



¿Personas vulnerables o contextos y agentes vulnerantes?

Durante la segunda modernidad, el intervencionismo del Estado de Bienestar no se redujo a los mercados, ni la prevención de conflictos sociales se limitó a la válvula de escape que en ese contexto representaron las nuevas prestaciones laborales o los derechos sociales (Wallertein, 1996). Los riesgos de la emancipación social fueron tematizados también en la esfera de la racionalidad científica, donde ciencias sociales y naturales, bajo el paradigma del positivismo científico y su correlato político, el asistencialismo social, construyeron por una parte, una cierta forma de apreciar el mundo basada en un modelo de sociedad afín a esta nueva fase del capitalismo organizado y en un ideal de ser humano convergente a su vez con ese modelo social; y por la otra, una amplia estrategia de control social destinada a lidiar con los comportamientos y visiones no convergentes con dichos modelos (Cohen, 1988).

Esa mirada se construyó desde una posición epistemológica *normocéntrica*, a partir de la cual se naturalizó la diferencia y se la minusvaloró de cara a un proyecto de sociedad que, sobre la base del moldeamiento y la disciplina, debía enderezarse hacia la normalidad (Foucault, 2003 [1975]). Desde esta perspectiva, la ciencia produjo una serie de discursos que, pretendiendo describir, terminaron por prescribir modos de ser socialmente deseables que se convirtieron en referentes en los diversos campos de la ciencia relacionadas con los seres humanos y con la sociedad. Bajo el modelo de la medicina, otras disciplinas construyeron su quehacer sobre la base de binomios cuyo común denominador ha sido la identificación de polos mutuamente excluyentes como los que se aprecian en los opuestos normalidad/anormalidad, salud/enfermedad, legalidad/desviación, funcionalidad/



disfuncionalidad, capacidad/incapacidad, civilización/barbarie, homosexualidad/heterosexualidad, éxito/fracaso y muchos otros en los que se identificó un polo positivo, aspiracional o de inclusión, y otro negativo, de rechazo o de exclusión. La minusvaloración uniformó la diversidad de posibilidades presentes en el polo de la exclusión y con ello la afirmó como jerarquía: entre hombres y mujeres, adultos y *menores*, blancos y *nativos*, normales y *anormales*, sanos y *enfermos*, metiendo en un mismo saco, por así decirlo, las diversas formas de ser hombre, de ser mujer, la multiplicidad de etnias existentes, la diversidad funcional y la diversidad sexual.

Pero al mismo tiempo que se definieron los polos, se definieron también sus vectores –hacia la inclusión y hacia la exclusión–, lo que ha representado un *continuum* que señala actitudes que históricamente han constituido prácticas que van del aniquilamiento a la sobreprotección. Por una parte, instituyendo formas de exclusión que transitan por la indiferencia y el rechazo, hasta llegar a la destrucción física de quienes se considera que han nacido o han caído en el polo negativo del *continuum*; por la otra, produciendo formas de inclusión que, desde la compasión, la tutela, la custodia, la cura y hasta la transformación física, llegan al extremo de la anulación por sobreprotección.

Occidente es tributario de la cultura judeocristiana, que en buena medida dejó ver estos vectores mucho tiempo atrás en la dialéctica que expresa la Biblia entre el Dios vindicativo y el Dios misericordioso frente a la imperfecta figura del pecador, que para evitar el infierno y aspirar al cielo debía purificarse mediante la penitencia. Así también, entre los intolerantes que frente a la otredad expresan rechazo, exclusión y aniquilación, y los tolerantes que por el contrario aceptan la otredad siempre que se disuelva mediante la asimilación con la mismidad, media la normalización.



En efecto, la normalización constituye el elemento de mediación que se direcciona desde el polo negativo, de minusvalía, rechazo o exclusión, hacia el positivo, aspiracional o de inclusión. Sin que ello signifique que históricamente no se hayan verificado situaciones en las que el exterminio ha sido la solución, haber nacido o haber caído en el polo negativo del binomio no significa de suyo una fatalidad que no se pueda resolver, por que el tránsito hacia el polo positivo, que representa una aspiración hacia la inclusión, es posible por la vía de la normalización. El sentido de rescate que esta acción normalizante implica es posible hallarlo en las diversas formas de tratamiento que desde el siglo XIX han sido representadas en conceptos como resocialización, readaptación, repersonalización, reeducación, rehabilitación y en prácticas de intervención correctiva –como las derivadas de la ortopedia o la cirugía estética– que dan cuenta de acciones que se asumen como soluciones destinadas a resolver lo que desde esta perspectiva normalizante es significado como problemático; a devolver al canon de normalidad, es decir, a lo que es considerado anormal.

De este modo, normalizar es sinónimo de rescatar, lo que otorga al sujeto normalizante un halo salvador, de superioridad justificada no sólo por el hecho de ser él mismo normal, sino sobre todo por su capacidad de normalización. Como bien lo señalara Foucault (1996), esta capacidad sostenida en el saber científico se traduce en poder, y en el sentido en el que aquí se aplica, en una forma de sometimiento que se considera necesaria en la medida en la que se la justifica como una obligación de auxilio hacia quien está en riesgo de ser finalmente excluido o aniquilado. Así, se *minoriza* por así decirlo, a quien es objeto del rescate: él o ella *no saben, no pueden, no quieren, necesitan* de su custodio, de su tutor o de su terapeuta porque por sí solos no están en capacidad de superar su condición anormal.



Bajo el paradigma general del positivismo, las ciencias de la salud y las ciencias del comportamiento han contribuido a construir como *debilidad natural* –genética, congénita o adquirida– la diferencia que es producto de la comparación con lo que se considera naturalmente normal. Del mismo modo, las ciencias sociales y políticas allanadas al positivismo y al funcionalismo, han contribuido a su vez a construir como minorías sociales –raciales, sexuales, culturales– a los colectivos que, producto de una suerte de *lotería natural*³ resultan en desventaja respecto de la mayoría, considerada como el canon de normalidad social. De lo anterior se desprenden dos filones que en el fondo comparten propósitos: el primero generó una tradición científica destinada a construir explicaciones sobre el origen natural de las diferencias y su jerarquía; el segundo dio lugar a un abanico de tradiciones políticas que se basan —y en algunos casos justifican— en la relación de ventaja de las mayorías sobre las minorías.⁴

³ Como un hecho natural, en el sentido de la opinión de John Rawls citada por Rodríguez Zepeda (2010: 181) según la cual, la distribución natural no es ni justa, ni injusta, sino solo un hecho natural. Por su parte, Valeria López Vela (2016) afirma que otros autores coinciden con Rawls en que *...las desigualdades de nacimiento, –ser hijo de una familia solvente económicamente– y los talentos naturales –ser sano y contar con un IQ alto– se deben a la suerte...* La autora se refiere explícitamente a Cohen y Arneson, autores del “igualitarismo de la suerte” pero también, de acuerdo con su artículo, esta idea de la lotería natural es compartida por Thomas Nagel.

⁴ Por una parte, Habermas (1993) ha descrito este proceso como *colonización del mundo de la vida* a cargo del desarrollo de una racionalidad orientada a fines consistente en la expropiación de los saberes cotidianos, contruidos sobre la base de la experiencia empírica de las personas comunes, y en su transformación en explicaciones técnico-científicas acerca de los fenómenos vitales a cargo de los expertos. Por la otra, en obras anteriores, el mismo Habermas (1981) ha analizado cómo el reclamo de igualdad, junto con los de libertad y propiedad, fueron resultado de la emancipación burguesa respecto de los poderes absolutistas y el derecho de sangre que, sin embargo, comenzaron a enfrentar problemas en la medida en la que el proletariado adquirió conciencia de su opresión; en ese contexto, la regla de mayoría cobró relevancia como un mecanismo de control de la oposición en los parlamentos.



Para decirlo de otro modo, la racionalidad técnico científica y sus expresiones en el terreno político construyeron un modelo hipotético de normalidad y con base en éste significaron las divergencias respecto del mismo como desventajas científicamente o políticamente explicables y también científicamente y políticamente corregibles. Con ello se secularizaron las versiones que atribuían estas divergencias a razones sobrenaturales, pero además las naturalizaron, atribuyéndose el monopolio de su explicación, pero también la prerrogativa en torno a las posibilidades de intervenir, según el caso, *ex ante* para prevenirlas o *ex post* para corregirlas.

En el seno de esa cultura, buena parte de la acción científica, tanto en el campo de la naturaleza como en el de la política, se orientó a identificar los factores que podrían propiciar estas debilidades tematizándoles como riesgos. De hecho, la idea de riesgo ha estado presente como una constante orientada hacia la posibilidad de su anulación, lo que se tradujo en toda una serie de dispositivos que, desde el campo médico, hasta el social y el político, conformaron toda una estrategia de intervención destinada, según el momento de intervenir, a la identificación, control y evitación de los riesgos, o bien, al control de daños.

El concepto de vulnerabilidad es, de hecho, tributario de los análisis técnico científicos relacionados con los riesgos de ocurrencia de desastres, guerras, epidemias y otras fatalidades; trasladado al análisis de las personas y las sociedades, cuando se atribuye a la propia *debilidad natural* constitutiva de la persona, entonces ese riesgo es el que, se afirma, les hace vulnerables –como se ha dicho de las mujeres, las niñas, los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad; si el riesgo se atribuye a su entorno, entonces la vulnerabilidad se coloca fuera, como *situación de vulnerabilidad*– como se ha dicho de la pobreza, la migración, la cárcel o el atraso cultural y social. En todo



caso, así vista, la vulnerabilidad aparece como un dato, una condición dada, un accidente, una fatalidad, una lástima que, al no ser culpa de nadie, confirma la condición de inocentes que hace de los vulnerables merecedores de la benevolencia, del deber de atención y del deber de cuidado por parte de los no vulnerables.

En este contexto se produjo y fue paulatinamente validándose toda una gramática asociada al modelo de intervención que, como lo ha señalado Stanley Cohen, configuró una amplia estrategia de control institucional de las personas y de las situaciones, sostenida en la necesidad de prevenir o corregir los riesgos –naturales, sanitarios, sociales, económicos, políticos, criminales– que, dependiendo del ámbito de la intervención, ha sido llevada a cabo desde el Estado a través de las ciencias, en especial de las ciencias médicas y del comportamiento, cuya institucionalidad funcionó como un entramado destinado a localizar las diversas formas de la desviación social, para su prevención o previsión y ulterior re-encausamiento.

Esa ha sido la racionalidad que ha intentado explicar la homosexualidad y otras formas de la diversidad sexual como psicopatías, a la criminalidad como producto de la peligrosidad, a la discapacidad como enfermedad, a la pobreza como producto del atraso cultural y al atraso cultural como producto de la barbarie. También es esta mirada la que hace suponer roles biológicos predeterminados para los sexos, y la que en general naturaliza las diferencias individuales y sociales pero también la que las jerarquiza. Si bien es cierto, esas explicaciones con frecuencia han sido construidas sobre la base de cantidades muy importantes de datos y observaciones basadas en una intensa actividad científica, ha sido el marco epistémico desde el cual se han extraído e interpretado esos datos los que han producido el efecto minorizante de esa jerarquía a la que se hace aparecer como natural.



Bourdieu (2000) ha mostrado cómo estas formas de dominación se constituyen como *habitus* o modos de hacer y pensar que se configuran a partir de la internalización subjetiva de las estructuras objetivas que determinan la diferencia y de su interpretación como márgenes de maniobra que funcionan como mecanismos de orientación para la acción de dominadores y dominados preestableciendo un sitio para cada cual que, si bien no es inmodificable, se atiene en principio a las reglas del juego establecidas en el campo de interacción. Esto explica porqué incluso en algunos casos, el sujeto vulnerado no sólo no es consciente de su vulneración sino que participa desde su posición de vulnerable de modo activo en el proceso e incluso en su reproducción. Lo mismo aplica para entender la ceguera del agente vulnerante quien, parafraseando a Marx, resulta víctima de su propia dominación. La posición de Bourdieu también ayuda a explicar de qué manera ocurre la colonización científica de occidente hacia territorios originariamente no occidentales, como es el caso de América Latina, donde las estructuras de dominación –los campos en la terminología de Bourdieu– trasladan a los agentes que participan en ellos los *habitus* originados en la cultura occidental imponiendo miradas y modos de hacer y de pensar que se limitan a los márgenes de maniobra preestablecidos en dichos campos. De este modo, las diferencias producidas al interior de los campos se deben a los distintos *montos* que un agente específico consigue durante su vida como producto de la acumulación total entre distintas formas de capital –económico, social, cultural y simbólico– que son las que al final definen su posición dentro del campo. Desde esta perspectiva, ni la posición, ni la desigualdad son producto del azar, sino de las estructuras objetivas preexistentes –instituciones, leyes, prácticas y políticas diferenciadoras– que en interacción con la subjetividad de los agentes, tanto dominantes como dominados, se expresan como desigualdad.



Con Bourdieu, pero más allá de su posición, se trata así, de un mundo constituido por estructuras simbólicas de dominación en el que el mayor capital asequible representa un ideal hipotético de normalidad –hipostasiado en la figura de un supuestamente mayoritario varón occidental, racional, heterosexual, educado y económica y culturalmente encumbrado– que admite la diferencia precisamente como afirmación del *statu quo*.

En ausencia de un marco que explique la diferencia y la desigualdad como producto de la violencia estructural de las sociedades contemporáneas, el positivismo científico colocó en la naturaleza las razones de la diferencia y en ese proceso minorizó al considerado diferente –no sólo en el sentido de hacerle menos como persona, sino también en el sentido de construirlo como minoría– y, al colocar dentro o alrededor suyo la vulnerabilidad, terminó por vulnerarlo. Sobra decir que en buena medida, esta racionalidad ha servido de sustento a la moral judeocristiana que ve en esas diferencias naturales jerarquizadas la materialización de los designios divinos.

Si por el contrario se aprecian las razones estructurales que le dan origen, la vulnerabilidad no puede ser considerada como un dato natural, accidental o producto de la (mala) suerte, sino como el efecto de una acción vulnerante que es atribuible a agentes y contextos vulnerantes. La noción de vulnerabilidad agravia porque sólo reconoce el valor de las personas en función de su proximidad a los cánones de normalidad, porque de hecho excluye y en el peor de los casos, incluso termina por aniquilar la otredad y porque oculta, invisibiliza o disfraza a los responsables del agravio.



La recuperación de la dignidad como fundamento de los derechos humanos

Sin duda, dominación y violencia han estado asociadas a las necesidades más primarias de supervivencia. Como sugiere Peter Singer (2003), es posible que incluso los más cruentos genocidios se reduzcan a una fórmula simple aunque brutal en sus consecuencias: mis (nuestros) genes, sobre los tuyos (suyos). Más o menos racionalizada, esta fórmula ha implicado la necesidad de justificar la supremacía de raza, ideas, ideologías políticas, sexo, orientación sexual y, en general, todas las características humanas de las que se pueden derivar diferencias susceptibles de vulneración. En ese sentido, no encuentro aventurado afirmar que, no obstante el llamado que la Revolución Francesa y las primeras declaraciones de derechos hicieran respecto de la igualdad, el positivismo avanzó un paso decisivo al pretender hallar una base natural para las diferencias y en consecuencia, para la justificación científica y política de la minusvaloración de unas identidades a manos de otras.

Tal vez por ello hubo que esperar a que las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, tanto las relacionadas con la Shoah como con las bombas atómicas arrojadas por los Estados Unidos en Japón, mostraran el potencial de destrucción humana, para que la comunidad de naciones recurriera por primera vez en 1948, en un texto de alcance jurídico, al concepto de dignidad. Ello no es menor, refleja el ansia por hallar un fundamento de comunalidad que convoque al respeto en la incierta fragilidad de las diferencias hechas valer como argumento de dominio, de exclusión y de aniquilación. Precisar esta genealogía de la idea de dignidad –una que es reacción frente a los contextos de indignidad en que hemos colocado a ciertas personas a causa de sus identidades tematizadas como disidentes, y no tanto una



celebración del valor inherente al acto, este sí accidental, nacer humano– permite ser críticos respecto de aquella construcción de la ciudadanía iusnaturalista que naturalizó la personalidad jurídica, y creó espacios compartimentalizados para el ejercicio de derechos. Por eso es que, por ejemplo, la tradición feminista ilustrada surge al momento de criticar que la *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano* de 1789 es, de manera literal, un horizonte normativo donde no caben aún las mujeres ni las ciudadanas.

Con el paso del tiempo, esta misma aprehensión crítica y moderna de las premisas ilustradas de la Ilustración –universalismo de los derechos, racionalización de las instituciones políticas para que den expresión a la pluralidad social y la reflexividad de la ciudadanía para articular proyectos de justicia que sean inclusivos– servirá para criticar no sólo que el proyecto original excluya a las mujeres y a las ciudadanas, sino también a las personas indígenas, a las diversidades sexuales, a quienes a causa de la migración han abandonado los marcos institucionales nacionales que deberían protegerles, entre otras identidades a las que histórica y colectivamente se ha lastimado en su dignidad (Serret, 2002).

En este sentido, probablemente pocos conceptos han tenido un tratamiento tan antiguo y profuso como el de dignidad. Desde la Grecia clásica hasta nuestros días, el concepto de dignidad ha sido objeto de profundos análisis que, junto al intento por definirla, han buscado en el fondo desentrañar la esencia de lo que significa ser humano. Desde una perspectiva historiográfica, vale la pena notar que el común denominador a lo largo de siglos de discusión sobre el tema tiene que ver con la necesidad de afirmar a la humanidad como una especie única –en el sentido de privilegiada– y distinta –en el sentido de exclusiva– y por tanto superior a otros seres humanos y no humanos, según el momento



histórico del que se trate o la orientación filosófica que se asuma. En todo caso, la discusión refleja, por un lado, una tendencia que hasta el siglo XIX plantea a la dignidad como igualdad sólo entre seres humanos a quienes se les reconoce, por ejemplo, *capacidad de razón*, como se planteaba en Grecia, *semejanza divina* como la consideraba Tomás de Aquino, *potencial de realización* según De la Mirandola, o *cualidad de fin* en la visión del Reino de los fines de Kant y distinción respecto de quien no posee esos atributos, ya sea que se trate de un ser humano o de uno no humano; y por el otro lado, una tendencia que, claramente en el siglo XX y lo que va del XXI, no sólo no distingue, sino que se propone igualar a los seres humanos entre sí como lo han propuesto, por ejemplo Hanna Arendt o Jeremy Waldron, pero que mantiene una distinción, activa –como es el caso de Peter Singer– o pasiva, respecto de los seres no humanos. Desde esa mirada historiográfica, lo que parece una ruptura entre un periodo en el que el interés era distinguir entre seres humanos y otro donde de lo que se trata es de igualarlos, cuando se ve a la dignidad desde la perspectiva de los seres no humanos, esa ruptura es sólo aparente y más bien se revela como un *continuum* que señala un proceso lento al principio y muy acelerado en el último siglo, de reconocimiento e inclusión de todos quienes pertenecen al género humano, sin que importe, como precisamente lo afirma el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948 [2016]) su ... *raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*.

Así, podría afirmarse que, a pesar de la polisemia que existe alrededor del concepto de dignidad, a éste se le reconoce como una característica que, ya sea que se considere inherente a los seres humanos u otorgada desde la exterioridad a ellos logra, para quien recibe esa cualidad de digno, equivalencia respecto de



quien se la reconoce o se la otorga. En todo caso, ni reconocerla ni otorgarla parece haber sido suficiente para superar el plano de una igualación que, en ausencia de referentes objetivables, se queda sólo como una declaración formal. Eso es lo que permite afirmar que respetar la dignidad de un ser humano por el sólo hecho de ser humano –lo que supone haber sido incluido entre los seres con dignidad– deviene al final un lugar común, vacío de significado.

Está claro que las consideraciones formales sobre la dignidad no han logrado establecer una barrera sólida a los procesos de vulneración científica y política de personas y colectivos. Antes bien, incluso en su nombre se han enderezado procesos que sin explicarla, hacen referencia a ella como justificación de la prohibición de prácticas como el aborto o la eutanasia. En otros casos se asume que es posible eliminarla, ponerla del lado o definitivamente expropiarla como cuando se argumenta a favor de la pena de muerte o la tortura. En el colmo del cinismo, algunos pretenden que las acciones de reivindicación destinadas a incluir a quienes han sido históricamente excluidos ofenden su dignidad porque les cierran o reducen espacios que antes tenían granjeados de antemano por ser mayoría, por ser varones, blancos, por ser católicos, decentes, sanos o normales.

Incluso podríamos llegar al extremo de, para visualizar cada vez más a la dignidad como un concepto limitante de la barbarie que puede adoptar formas diversas y cada vez más crueles y sofisticadas por su asociación con el biopoder y la disciplina corporal, afirmar que, de manera paradójica, para proteger la integridad de los cuerpos y subjetividades, los seres humanos tengan que concebirse como conjuntos de derechos y libertades trenzados de manera indisoluble más que como corporalidades y anatomías que puedan significar un desprecio –inmerecido pero real– en el espacio público.



De este modo la reafirmación de una identidad sobre otras, de las prácticas que éstas consideran imperativas para ellas, parece constituir el principal obstáculo para garantizar una idea de dignidad que tenga contenidos realmente compartidos por todos los seres humanos, susceptibles de ser reconocidos como tales. De ahí que construir un concepto de dignidad que al tiempo que iguala la diversidad no la invisibiliza y que además posee un potencial de reivindicación política para esta última es, en mi opinión, una necesidad contemporánea urgente. Es condición para resignificar los *habitus* que eternizan los procesos de dominación.

Con esa finalidad y sin pretender zanjar en este breve espacio una discusión que sin duda requiere de una reflexión más profunda, interesa en este apartado plantear a la dignidad como una característica únicamente humana, derivada de un acuerdo lingüístico realizado entre humanos. Para decirlo de otro modo, doy por hecho que dentro de la *caja negra* que representa eso que llamamos dignidad hay un modo de abordarla como constructo de lenguaje, sin mayor referente fundacional que el acuerdo que la define y le otorga el lugar de entidad *fundante* de los derechos humanos,⁵ al mismo tiempo garante de la igualdad tanto como de la diversidad.

Para estos fines, me centro en la dimensión pragmática del concepto mismo de dignidad, que es la que permite aproximarse a él como un acuerdo lingüístico que, no obstante el momento histórico y la escuela filosófica que lo defina, representa en todo caso una construcción social compartida por una comunidad de comunicación para la cual los elementos de dicha definición tienen validez. Y como se trata de una ampliación del concepto en un sentido moderno para darle auténtica coherencia con el

⁵ Una posición similar es la de Jeremy Waldron (2009) en la primera de las Tanner Lectures, titulada Dignity and Rank.



proyecto ilustrado, queda claro que, aunque se pueden formular muchas ideas de dignidad para remediar los problemas políticos de nuestros tiempos convulsos –unas teológicamente fundamentadas, otras que se relacionan con la disposición a ejercer la participación política activa o algunas mas que se fundamentan en la capacidad de poner entre paréntesis los intereses personales para favorecer los de la comunidad–, lo cierto es que en no muchas de esas ideas caben la pluralidad de identidades y proyectos de vida que la propia modernidad observa como consecuencia de la libertad humana y no como una amenaza para la cohesión, el orden y la estabilidad sociales. A través de este enfoque, tomo distancia de cualquier aproximación sustancialista o naturalista que pueda hacerse de la dignidad humana. No entiendo por dignidad, entonces, ninguna característica constitutiva de un ser humano considerado como el producto de un creador o como la sola expresión de naturaleza. Por *humano* entiendo más bien un símbolo, producto de la autoreflexión de *inteligencias* capaces de expresar como constitutivos de su propio *ser* y a través del lenguaje, un conjunto de características que les son comunes y que al mismo tiempo les hacen distintos de otros seres a los que, en ausencia probada de esa autoreflexión, los autodefinidos humanos hemos heteronominado e identificado como seres distintos, no humanos.

Me hago cargo de la relatividad que implica una consideración como la que recién planteo, que es por definición excluyente y que, aderezada de cualquier ingrediente supremacista, ha dado lugar a mitos sobre la superioridad de unos seres sobre otros, de unas razas sobre otras o de unas identidades sobre otras. Sin embargo, como argumento más adelante, es una posición así la que permite historizar la idea de dignidad y vincularla con referentes objetivables, lo que confiere al concepto de dignidad, además, un valor político.



Hasta aquí sostengo entonces la idea de que tanto el concepto de ser humano como el de dignidad humana son construcciones simbólicas dotadas del sentido que se les otorga en un *hic et nunc* particular y que justo por eso son históricas y, en consecuencia, resginificables. Vuelvo ahora al tema de los acuerdos y me remito a la expresión empírica del acuerdo más reconocido en el mundo contemporáneo en este sentido que es el contenido, no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos aludida más arriba, sino en los pactos que derivaron de ella, a saber, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1976 [2016]) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1976 [2016]), ambos de carácter vinculante donde se *acuerda* en sendos preámbulos, que la dignidad es inherente a la persona humana y que precede a los derechos –se entiende, a los contenidos en ambos pactos y en función del principio de progresividad a todo el conjunto de derechos que desde entonces y hasta ahora recoge la comunidad jurídica internacional en tratados e instrumentos internacionales.⁶ Los pactos no definen qué entienden por dignidad humana, ni tampoco por persona humana, pero reflejan el acuerdo internacional entre los países para los cuales cada uno de estos instrumentos o ambos son vinculantes, sobre la existencia de *algo* que todos reconocen como *dignidad* que es inherente a *algo* que todos reconocen como *persona humana* y que precede a los derechos humanos cuyo respeto es establecido como objeto de ambos instrumentos; es claro que si los Estados firmantes se obligan a proteger derechos que según el acuerdo emanan de lo que sea que se ha convenido en llamar dignidad humana, lo que a su vez es inherente a lo que sea

⁶ Recorro principalmente a los *pactos* por su carácter vinculante, lo que refuerza el acuerdo de los firmantes con sus respectivos contenidos. Ambos *pactos* reconocen en sus preámbulos, textualmente ...*que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana...*



que se considera persona humana, los derechos, más que proteger a la persona humana, lo que protegen es esa dignidad, que es su fuente. Esta consideración permite dirigir el objeto de protección de los derechos fundamentales hacia un núcleo que, al prescindir de la naturaleza o de la espiritualidad de lo protegido, lo define desde lo que es simbólicamente representado por sus derechos fundamentales. De aquí lo que se sigue es un camino para definir la dignidad, no en función de la persona humana de la que ésta sólo es parte, sino de los derechos, que es donde, en sentido inverso, aquélla se proyecta.

Esta aproximación permite separar el concepto de persona humana de su biología y de su espiritualidad y al mismo tiempo entender por qué, a pesar de la morfología con la que alguien nace, tiene derecho a elegir qué derechos son los que le representan: como varón, como mujer, como persona indígena, como persona con discapacidad, etcétera, cuyo valor por tanto no depende del número de semejantes con los que comparte algún atributo –con ser parte o no de una mayoría, es decir– sino de esa sola condición de personas humana construida desde sus derechos. Permite también distinguir al ser humano como símbolo –es decir, como *persona* humana– del humano como miembro del reino animal, como miembro de una raza y del humano como producto de un creador sobrenatural.

De este modo, dotar de significado a ese núcleo que desde esta perspectiva es la dignidad como reflejo de los derechos fundamentales tiene que ver con la posibilidad de hallar un mecanismo que permita establecer, a partir de los derechos, contenidos para asignar significado al constructo lingüístico dignidad humana. En este punto conviene volver a la DUDH en cuyo artículo segundo se plantea que

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo,



idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de una territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Aquí, nuevamente encontramos un acuerdo, esta vez relacionado con aquellas características sobre las cuales no es aceptable ningún tipo de exclusión respecto de los derechos humanos. Leído *contrario sensu*, quien posee raza, color de piel, sexo, quien tenga idioma, religión, opinión, origen nacional o social, posición económica o condición política, es sujeto de los derechos humanos y no puede quedar excluido de su protección. También lo es cualquier persona sin importar la condición, jurídica o internacional del país o territorio del que ésta dependa, sin importar si este es independiente o no. Parafraseando a Arendt, es posible decir que estas características definen a sus portadores como aquellas personas con derecho a tener derechos.

Luego de haber ido de la dignidad a los derechos es posible, por la vía de lo acordado en el artículo 2 de la DUDH ir de los derechos a la persona, que como persona sujeta de derechos es una persona humana, con lo que es posible hallar qué de esta última es irreductible a ella –en el sentido de que, si bien la persona puede ser más que esos atributos, la persona humana no puede ser menos que ellos porque, en términos del propio acuerdo, esos atributos constituyen la razón por la que tal persona humana es incluida como sujeto de derechos. Así, es posible ensayar



un concepto de dignidad que se centre precisamente en esas características que nos hacen sujetos de derechos. Asumo que estas características son constitutivas de la dignidad humana como constructo lingüístico, lo que implica que, igual que la dignidad humana misma, son inherentes al constructo persona humana. El conjunto de esas características, que también son construcciones sociales, representa así a la dignidad humana. Ninguno de estos conceptos es esencial, todos son contruidos por acuerdos y por tanto, son distintos también de sus referentes naturales o espirituales. Ello no significa que sean independientes, o que materialmente no existan, sino en todo caso que se encuentran en un nivel de la realidad que puede ser relevante para la biología u otras ciencias naturales, tanto como para la moral o la religión, pero no para determinar quién tiene o no tiene dignidad y en consecuencia quién es titular de derechos humanos y quién no lo es.

El desarrollo ulterior que el artículo 2 de la DUDH ha tenido en las constituciones de los Estados miembros de la ONU ha incluido otras características, como por ejemplo, la orientación o la identidad psicosexual, la educación, la edad, la salud, la discapacidad, el estado civil y en general aquellas que la tradición judicial norteamericana ha identificado como *categorías sospechosas* de discriminación.⁷ De ello se sigue que esta enunciación no es taxativa, y que cabe la posibilidad de que el conjunto de ellas admita nuevas características no enunciadas explícitamente aún, pero cuya entidad sea semejante a las que sí lo están. Desde luego, saber en qué puede consistir dicha semejanza requiere desentrañar qué relación hay entre características que aparentemente no tiene nada que ver entre sí y de todas ellas con el

⁷ De hecho, la reforma de 2001 al artículo primero constitucional identifica, con mucho tino jurídico aunque con poca precisión conceptual, todas estas características con la dignidad humana.



constructo dignidad humana, por lo que un breve análisis entre todas estas características se hace necesario. Para ello es menester clasificarlas según aquello que representan e intentar categorizarlas. De este ejercicio emergen al menos tres conjuntos de características que representan más bien tres dimensiones en las que se despliega el ser de la persona humana, a saber:

- a) Una primera dimensión que atribuye a las personas características con las que se nace y que es posible conservar toda la vida como el origen étnico, la edad, el vivir o no con una discapacidad, la orientación sexual y el color de piel.
- b) Una segunda dimensión que les atribuye pertenencia a un grupo social, como es el caso del origen nacional, el género, la religión, las opiniones, el estado civil, la relación con el territorio y
- c) Una tercera dimensión que les atribuye arraigo a la realidad económica y socio-cultural en la que se desenvuelven las personas como es el caso de la condición social, la posición económica y la condición de salud.

Hecha esta categorización cobra sentido la inclusión dentro de cada dimensión, de nuevos atributos siempre que cumplan con el criterio que la dimensión de que se trate exige, por ejemplo, la apariencia física como parte de la dimensión individual, la identidad de género, el estilo de vida o las tradiciones como parte de la dimensión colectiva y el nivel educativo o la condición de migración como parte de la dimensión de arraigo socioeconómico y cultural.

Como puede observarse, en todos los casos el común denominador tiene que ver con que se trata de atributos que dotan de identidad a la persona; son por tanto, en sentido genérico, atributos identitarios que en cada una de las tres dimensiones resultan parte de lo que entonces significa ser una persona humana. Si



como se ha planteado hasta ahora, el acuerdo que hemos hecho derivar de la DUDH, de los pactos y aun de las constituciones de los países signantes de estos instrumentos internacionales, establece que la dignidad es inherente a la persona humana y que precede a los derechos, y que los sujetos de derechos son quines poseen al menos los atributos constitutivos de cada una de las tres dimensiones que son a su vez constitutivas de la persona humana, entonces es posible identificar el conjunto indisoluble de esas dimensiones como constitutivas también de la dignidad humana.

Así, la primera categoría de atributos identitarios recogida en la DUDH y posteriormente en diversas constituciones contendría lo que llamaré la *dimensión individual de la dignidad humana*, que representa en abstracto a la diversidad humana e identifica, mediante los atributos identitarios contenidos en ella, a las personas como individuos únicos e irrepetibles y en ese sentido, como diversos entre sí.⁸ Esta dimensión otorga valor a la persona humana como individuo por lo que éste es, como manifestación en sí misma de un sexo, una orientación sexual, una edad, un color de piel, una fisonomía que son, en todos los casos, únicos e irrepetibles y pertenecen solamente a esa persona como individuo. La segunda categoría contendría a la que llamaré *dimensión colectiva de la dignidad humana*, relativa a un conjunto de atributos identitarios compartidos por grupos o comunidades, trátase de atributos *originales* –como los que constituyen una nación, por ejemplo– o de atributos *artificiales* –como los que identifican a un grupo como ciudadanos de un país o a alguien como practicante de una religión o de un estilo de vida.⁹

⁸ Son estas características las que permiten reconocer a alguien inmediatamente como *un* hombre entre la diversidad de hombres o a *una* mujer entre la diversidad de mujeres; a *una* niña entre la diversidad de las niñas o a *una* persona mayor entre la diversidad de personas mayores, y desde luego a todas y todos ellos entre sí.

⁹ Estas características permiten una identificación mediata en tanto que se requiere de más información para saber si la persona es por ejemplo, católica si hablamos de



En este caso, el valor de cada persona como individuo se enriquece por su posición en el cruce de diversas identidades individuales que se constituyen entonces como identidades colectivas también equivalentes. Estas dos dimensiones de la dignidad, la individual y la colectiva, tienen en común que están constituidas por atributos identitarios sobre los cuales, so pena de menoscabo o discriminación, nadie debe pronunciarse o juzgar –desde luego no el Estado, pero tampoco otras personas–, salvo la propia persona portadora de tales atributos identitarios, quien incluso, sólo si es su voluntad, puede aceptar modificarlos. Esta es una exigencia de respeto y protección que contribuye a la superación de la diferencia a través del reconocimiento de que la humanidad y sus formas de ser y de manifestarse son diversas, tanto en la dimensión individual como en la colectiva. Desde esta perspectiva no hay un modelo de ser humano, de moral, de cultura o de estilo de vida, frente al cual construir al otro como diferente, sino en todo caso, la diversidad –física, moral, cultural o de estilos de vida– es policéntrica y hace que todas esas manifestaciones y formas de ser sean equivalentes.

La tercera categoría contendría atributos identitarios de lo que llamaré *dimensión de clase o de posición de la dignidad humana*, y se refiere a características que son exteriores a las personas y que no obstante forman parte de su identidad porque determinan su posición social o económica, su estado de salud, su situación jurídica o política, su condición migratoria y otros más que, por un lado, marcan el aquí y el ahora de las dimensiones individual y colectiva de la dignidad humana, y por el otro, visibilizan las condiciones materiales que están a la base de la desigualdad social. Por esta ulterior razón, a diferencia de lo que ocurre con las dimensiones individual y colectiva de la digni-

una comunidad religiosa, de izquierda si hablamos de una comunidad política, o si es Euzkaldun o Tzotzil si hablamos de una comunidad originaria.



dad humana sobre las que nadie, salvo la persona portadora de los atributos identitarios contenidos en ella debe pronunciarse, sobre esta dimensión de clase o posición, es obligatorio hacerse cargo y actuar, so pena de menoscabo o discriminación. Esta es además una exigencia de garantía que supera la idea de debilidad estructural *accidental* de las situaciones materiales en las que se desarrollan las tres dimensiones identitarias de la dignidad.

Cabe insistir en que, desde esta perspectiva, ninguna de estas dimensiones de la dignidad humana tiene sentido sin las demás; de hecho, es esta tridimensionalidad la que permite una definición en abstracto de lo que, desde este punto de vista, tendría que considerarse entonces como una *persona humana* –en sentido genérico, como humanidad– y además, en lo concreto, a cada una y cada uno de los seres humanos historizados que forman parte de la misma. De alguna manera, esta idea en tanto que recurre a atributos universales de los que nadie bajo ninguna circunstancia puede desprenderse o enajenar permite afirmar, en consonancia con Waldron que *...dignity now conveys the idea that all human persons belong to the same rank, and that the rank is a very high rank indeed*.¹⁰

Para ello es necesario hacer una nueva distinción, ésta vez para separar el nivel formal o abstracto de los atributos identitarios que he referido a las tres dimensiones de la dignidad humana, y otro nivel, contingente o concreto, referido a los denominadores que estos atributos indentitarios pueden asumir en lo particular.¹¹ Parafraseando a Habermas, se trata de los terre-

¹⁰ En Habermas (2010).

¹¹ Esta distinción es de la mayor relevancia porque de ahí se sigue la posibilidad de inocular los diferenciadores que entre seres humanos concretos han sido pretextados para justificar los discursos de supremacía e inferioridad que desdibujan mediante prejuicios lo que nos hace equivalentes –que está contenido en las primeras dos dimensiones de la dignidad humana– y por el otro, que afirman y consolidan lo que nos



nos separados por el muro de niebla que divide y une al mismo tiempo a la igualdad con la diversidad.

Por denominadores me refiero a las categorías que cada atributo identitario considera en su nivel contingente: hombre y mujer son denominadores contingentes del atributo identitario sexo en la dimensión individual de la dignidad; católico, musulmán o ateo, lo son del atributo identitario religión en la dimensión colectiva de la dignidad y posgraduado, licenciado o analfabeta son denominadores contingentes del atributo identitario nivel de educación, en la dimensión de clase o posición de la dignidad. En las primeras dos dimensiones de la dignidad, estos denominadores deben ser considerados puramente como distintores, no como criterios de jerarquía sino como resultado de la distinción entre categorías equivalentes: hombres de mujeres, niños de personas mayores, analfabetas de posgraduados, por ejemplo. No asignan ni suponen valores entre las categorías porque hacerlo contradiría la exigencia de respeto y protección que el nivel formal o abstracto del atributo, su vínculo con cualquiera de las dos primeras dimensiones de la dignidad humana, reclama. En la tercera dimensión de la dignidad en cambio, los denominadores no pueden ser sólo distintores, sino que son también valores que denuncian la desigualdad. Esto es así para cumplir con la exigencia de garantía que esa dimensión de la dignidad exige.

De acuerdo con el enfoque asumido en esta aproximación, ni las dimensiones de la dignidad humana, ni los atributos identitarios, y ni siquiera los denominadores que estos últimos pueden asumir, son considerados producto de la naturaleza o de la creación, sino más bien, de la construcción social que les dota de significado. Esto permite distinguir definitivamente a las personas

hace desiguales –contenido en la tercera dimensión de la dignidad humana, como lo discutiré más adelante.



humanas de los seres no humanos, en tanto que, salvo prueba en contrario, los *sentidos* que se suele atribuir a la vida de plantas y animales vienen contruidos también desde el imaginario humano.¹² De hecho, la pertenencia a una colectividad de personas humanas es lo que les posibilita ser *para* las y los otros humanos y en consecuencia *para* sí mismos, pues han sido ellas, ellos y un común *nosotros* –quienes forman, formamos, nuestras comunidades y sociedades–, quienes otorgamos sentido a nuestro ser hombres o ser mujeres, niñas o adultos, católicos o musulmanes en un aquí y un ahora en el mundo. En este sentido es que el vínculo entre las dimensiones individual y colectiva de la dignidad humana es simbólicamente muy fuerte, y aún cuando en ciertos casos, de manera voluntaria, natural o forzada, una persona o una comunidad haya tenido que mudar hacia atributos que originalmente le habían constituido –por ejemplo, cuando se cambia de sexo o de género, cuando se migra, o cuando se cae enfermo o preso– el sentido de vínculo puede cambiar –la valoración frente al otro sexo, frente al lugar de migración, o frente a la condiciones que impone la enfermedad o la prisión– pero el vínculo en sí mismo sigue siendo muy sólido.

Lo mismo, aunque de modo más radical, ocurre con la tercera dimensión de la dignidad, de la que tampoco puede prescindir la persona humana, pues si el anterior vínculo entre individualidad y colectividad da cuenta del carácter relacional de los seres humanos, el vínculo de estas dos con la tercera dimensión de la dignidad, la de clase o posición social, coloca a las personas en un *hic et nunc* que les hace seres históricos. Por esta razón he insistido en que para considerar a alguien una persona humana,

¹² Un perro o una planta pueden tener identidad porque les ponemos un nombre, porque son machos o hembras, porque son de una raza o especie e incluso porque desarrollan comportamientos como miembros de colectividades; sin embargo difícilmente podría afirmarse que su nombre, su raza o cualquiera otro atributo tenga sentido para ellos y ellas.



deben tenerse en cuenta estas tres dimensiones de la dignidad; en otras palabras, una persona humana es alguien que posee identidad individualizada, que se reconoce y es reconocido como miembro de una colectividad y que está materialmente situado en la historia. Ser humano, donde *ser* es verbo y no sustantivo, es haber sido individualizado, colectivizado e historizado por otros capaces de hacerlo y por sí mismo. Una persona humana no es entonces un dato natural, ni producto de la creación divina, sino una construcción humana fundada en sus derechos; su valor no depende, como he dicho, de los denominadores en cada una de las dimensiones de su dignidad porque en ausencia de consideraciones científicas, morales, religiosas o políticas, su condición jurídica es de equivalencia; la dignidad por tanto es expresión de esa equivalencia como unidad en la diversidad expresada en los derechos fundamentales. De ahí que atentar contra los derechos fundamentales es atentar contra la dignidad y, en tanto que la dignidad constituye a la persona humana, su menoscabo, su vulneración científica o política, la destruye.

La acción afirmativa como acto reparatorio de la dignidad vulnerada

La recuperación del concepto de dignidad en los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos coincide, por lo menos, con el declive del positivismo y con la irrupción de una cadena de movimientos sociales que paulatinamente y de distintas formas denunciaron como violencia la minusvaloración de la que fueron objeto desde la moral, desde la costumbre o desde la ciencia. A partir de los años sesenta del siglo xx y hasta la fecha, es posible identificar un proceso de visibilización, afirmación, reconocimiento e inclusión de un conjunto de identidades que,



a fuerza de luchas, que en algunos casos significaron muertes, fueron positivando sus demandas como derechos. A diferencia de las declaraciones norteamericana, francesa y de la DUDH y sus pactos –que en buena medida denunciaban la dominación desde el estado y desde el mercado–, en estos casos, los instrumentos internacionales aparecidos en el lapso finisecular han develado la dominación que se construye en el día a día mediante las asimetrías existentes en las relaciones sociales.

En buena medida, estos movimientos se fueron fraguando de cara a diversos tipos de imposiciones y obstáculos tanto de naturaleza económica y social, como cultural. La juventud de mediados del siglo pasado, por ejemplo, reaccionó frente a la desmovilización que para el mundo adulto de su época, implicó concebir el Estado de Bienestar como una forma de socialismo *light*; la comunidad afrodescendiente lo hizo, en principio, frente a los obstáculos para acceder a puestos laborales en igualdad de circunstancias que las personas blancas, y las mujeres se rebelaron contra la opresión masculina. De modo más reciente, las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero, travesti e intersexuales, develaron como prejuicios las supuestas certezas científicas y morales acerca de la sexualidad humana; las personas con discapacidad mostraron los límites de la práctica y el saber médico frente a su autodeterminación como miembros de la diversidad humana y las personas indígenas han desafiado la hegemonía de la *weltanschauung* occidental.

El común denominador en todos estos casos es que los sujetos de estas historias han hecho valer sus identidades, así como sus estilos de vida y su condición social como igualmente valiosas que las de aquellos que en el pasado o en el presente las han vulnerado y han revelado como prejuicios las más fundadas apreciaciones científicas y morales sobre las razones de esta vulneración y a la vulneración misma como menoscabo de su digni-



dad. Como resultado, paulatinamente el mundo ha sido testigo, al menos en occidente, de una suerte de horizontalización de las relaciones sociales, tendente a la reducción de las asimetrías debidas, en clave de lo planteado más arriba, a la vulneración de la dignidad de esas identidades históricamente sometidas.

Este proceso se ha dado en el contexto de ascenso de un modelo de estado –reconocido genéricamente como Estado Constitucional de Derechos¹³– que ha tenido que moldearse a esta nueva realidad multidimensional, multipolar y multiétnica, cuya vocación es la de hacer de los derechos humanos el eje de los marcos jurídicos, las políticas públicas y las actitudes de gobiernos, instituciones y ciudadanía en los estados en los que pretende regir. Este nuevo modelo se ha desplegado también hacia el ámbito internacional donde se estructura mediante un conjunto de tratados, organismos y mecanismos internacionales y regionales que han tenido consecuencias muy importantes en la reducción concreta de las asimetrías sociales mediante el debate judicial de los derechos humanos.

En su conjunto, el producto juridificado de las luchas por hacer valer las identidades históricamente sometidas y el ascenso del Estado Constitucional de Derechos y su institucionalidad internacional, regional y nacional, han contribuido a configurar una forma distinta de apreciar a las personas, justamente a partir de sus derechos humanos. En suma, el resultado de todo este proceso configura lo que se conoce en sentido genérico como *perspectiva de derechos*, y que se refiere a cambiar el paradigma epistemológico hacia uno que permite una construcción del

¹³ Existe en la actualidad una discusión en torno a la doctrina que informa a este Estado Constitucional de Derechos, entre el Neoconstitucionalismo, el Constitucionalismo Principialista y el Constitucionalismo Garantista. No entro ahora en este discusión, pero me decanto por la última de estas doctrinas por lo que en adelante me refiero a ese tipo de estado como Estado Constitucional Garantista. Sobre los contenidos de esa discusión puede verse (Ferrajoli, 2011).



mundo, no como un mundo de personas, sino como un mundo de derechos.

Entre las consecuencias más importantes que derivan de este Estado Constitucional en su vertiente garantista y su perspectiva de derechos están la inversión que se da en la relación entre la moral y los derechos, entre la política y los derechos, y entre la ciencia y los derechos, a favor de éstos últimos. Desde esta perspectiva, el Estado Constitucional Garantista representa el cambio, desde una visión moral, política o científica sobre el mundo y las personas, hacia una fundada en sus derechos humanos. La razón principal de este cambio de perspectiva se relaciona con la constatación de que esos órdenes normativos –moral, político y científico– resultan, cada uno por sus motivos, generadores de exclusión, por lo que la perspectiva de derechos asume como programa político una tarea de inclusión, a través de los derechos.

Los movimientos sociales reivindicadores de las identidades sometidas, permitieron también constatar que no es posible asumir que hay un solo orden moral y ni siquiera un saber científico únicos y que las perspectivas desde las cuales es posible construir el mundo son tantas como identidades y estilos de vida es posible derivar según se asuma el punto de vista de una u otra de ellas. Este proceso ha señalado una especie de emancipación respecto del etiquetamiento lingüístico que controló mediante definiciones heteronominativas a quienes fueron descritos como débiles, menores, enfermos, anormales, y en clara tendencia hacia el respeto identitario se manifestó como un nuevo lenguaje que abandonó los adjetivos –es decir las definiciones descriptivas– para, desde una perspectiva autonominativa, adoptar definiciones sustantivas: por eso el abandono del concepto de *menor* y el uso corriente actual de niños, niñas y adolescentes, del de *minusválido* por el de persona con discapacidad, el de *inviden-*



te por persona ciega, el de *paciente* por usuario de servicios de salud y así. Es de hacer notar que el proceso de autonominación es parte sustancial de la emancipación identitaria y la base del conocido slogan “nada de nosotros, sin nosotros” que refleja sin duda un justificado reclamo de inclusión.

No debe escapar al análisis que en este contexto de emancipación y reposicionamiento de la dignidad y los derechos humanos, especialmente en los Estados Unidos, las llamadas acciones afirmativas tuvieron su origen en la necesidad de corregir las desigualdades motivadas por el racismo, el clasismo, el sexismo y otras actitudes muy arraigadas en la sociedad norteamericana de carácter discriminatorio y excluyente.

En este sentido es que es posible considerar que el referente sociológico de las acciones afirmativas radica precisamente en la acción política de reivindicación identitaria. De no ser por estos reclamos de inclusión, ni la necesidad de acciones afirmativas ni tampoco la de su posterior teorización, habrían tenido lugar en la historia. Sin embargo, y sin denostar en absoluto el valor que estas acciones afirmativas han tenido en el reposicionamiento social de algunas identidades, es necesario afirmar que, en tanto se las conciba únicamente como medidas temporales, de carácter compensatorio, difícilmente pueden considerarse como afines a la perspectiva de derechos. Precisamente, lo que distingue a la acción afirmativa de los programas tradicionales de atención a la vulnerabilidad de carácter paternalista y asistencial, es que se asume que la vulnerabilidad no es una condición permanente y relacionada con las identidades de las personas, sino que más bien existen contextos de vulneración que generan una desigualdad en el acceso a derechos y oportunidades. De manera teórica, la acción afirmativa busca ser compatible con la autonomía moral y la capacidad de agencia de las personas, pero desde el reconocimiento de que ni la una ni la otra son posibles sin



un sustrato material que permita a la persona visualizarse en un horizonte distinto del de la pasividad y la sumisión que la cultura pública discriminatoria ha naturalizado y legitimado. No obstante, cabría preguntarse en qué medida el carácter *temporal* de la acción afirmativa puede hacerse cargo de la dimensión estructural de la desigualdad y, entonces, ésta no sólo debería prevenir discriminaciones futuras y revertir discriminaciones pasadas en las personas concretas que son sus beneficiarias, sino considerar que es necesario replantear de manera *permanente* el sistema de mercado que distribuye –más que como una mano invisible, como un brazo que aplasta a unos y encumbra a otros– los derechos y las oportunidades.

Como es sabido, el concepto de acción afirmativa propiamente dicho se refiere a compensaciones que el estado otorga de manera temporal para garantizar de diversas maneras la igualdad entre los desiguales. Concebidas en el ámbito laboral estadounidense como un mecanismo para compensar las desigualdades que impedían a la población afroamericana acceder a puestos de trabajo tradicionalmente reservados a los blancos, pronto se convirtieron en una exigencia política de igualdad y de compensación histórica de los agravios motivadores de la desigualdad, al que recurrieron también las mujeres y paulatinamente, los miembros de las llamadas *minorías* (Ziliani, 2011). En el contexto del Estado de Bienestar y desde la perspectiva del liberalismo, la temporalidad de estas medidas estaba pensada en términos de políticas de inclusión cuya duración dependería de que las garantías de acceso –al trabajo, a la escuela y a la vida social– confirmaran que la desigualdad habría sido superada.

Con el tiempo, el reconocimiento necesario a un número creciente de *minorías*, así como los problemas relacionados con los reclamos de quienes perteneciendo a las mayorías quedaban excluidos debido a las acciones afirmativas, las políticas que las



sostenían se orientaron poco a poco a plantear que los fines que éstas perseguían se habían alcanzado y que la integración social era una realidad (Rodríguez Zepeda, 2006).

A la base de los argumentos a favor –como necesidad de compensación pasada y presente de la desigualdad–, como en contra –en términos de lo que se ha denominado discriminación inversa– encuentro problemas que es necesario al menos esbozar. Por una parte, el hecho mismo de que la acción afirmativa se base únicamente en la diferencia que es cualitativamente conceptualizada como minoría plantea en efecto el problema del lugar que estas minorías deben ocupar de cara a la mayoría, que se entiende como el grupo dominante; enseguida, esa misma posición dominante que es desde la cual se concede la acción afirmativa, permanece incuestionada, sigue siendo mayoría dominante aderezada de ingredientes minoritarios. Finalmente al estar ligada su temporalidad a un hecho empírico, su duración depende de las variaciones de ese hecho empírico en el tiempo.

Bajo la perspectiva de derechos, la realidad de la diversidad solo es posible debido a la existencia de marco jurídico que es capaz de armonizar los derechos de todas estas identidades en una sola perspectiva que sin embargo las inculye a todas: en efecto la perspectiva de derechos, en tanto que se construye desde los derechos y no desde las personas, permite que todas las demás perspectivas posibles –la perspectiva de género, la de infancia, la indígena, la de discapacidad, etc.– converjan en el mismo punto de partida, que es el de los derechos –de las mujeres, de niños, niñas y adolescentes, de las personas indígenas, de las personas con discapacidad, etc.

La perspectiva de derechos resulta por ello incompatible con cualquier discurso que se centre en las personas como datos empíricos, así como con cualquier orden normativo o política pública que, al tener que elegir entre unas y otras, genere ex-



clusión. Para la perspectiva de derechos no existen minorías, ni mayorías; de hecho, las mayorías aparecen como agrupaciones mecánicas, artificialmente construidas por un tiempo determinado, para fines precisos como, por ejemplo, una elección. La composición diversa de una sociedad exige, desde la perspectiva de derechos, que justo en los derechos de cada persona y de cada colectivo se vea una totalidad equivalente a los derechos de las demás personas y de los demás colectivos. Por ello es que la principal distinción entre el Estado Consitucional Garantista y el asistencialismo es que el primero no protege, ni a las personas ni a los colectivos en sí mismos, sino más bien, protege sus derechos.

Esta diferencia es sustantiva porque hace depender la definición de las identidades de los derechos y no de sus correlatos biológicos o morales. Sólo así es posible comprender que una persona, nacida varón, aspire a ser mujer y decida entonces que los derechos que la representan y en consecuencia la construyen como sujeto de derechos, son los de las mujeres, con independencia de su aparciencia física o su cuerpo biológico. De la misma manera, el que a la persona la constituyan sus derechos deja claro porqué la asunción de la identidad de persona indígena se reconoce con base en la autoadscripción, pues aunque fisonómicamente no se asemejen sus rasgos a los que racialmente atribuiríamos a un indígena, basta con que sienta que los derechos que le representan son justo los que construyen esta identidad para ser reconocido como tal.

Por ello es que también, el lenguaje de los derechos plantea una nueva gramática cuyo sentido trasciende la imagen del lenguaje políticamente correcto pues, más que un acto de corrección política, conlleva un acto reivindicatorio de reconocimiento e inclusión. Frente a esta nueva gramática, que hay que considerar sin duda en construcción y no exenta de dificultades,



conceptos jurídicos basados en la ciencia, como por ejemplo el de inimputabilidad, o el de capacidad jurídica, han sido severamente cuestionados; instituciones jurídicas con fuerte influencia de la moral, como es el caso del matrimonio, están corriendo la misma suerte. E incluso la idea de que los derechos sociales deben considerarse como derechos programáticos o de satisfacción progresiva ha perdido vigencia. Todo ello debido a que la perspectiva de derechos no admite la posibilidad de exclusión de su ámbito de protección, por ninguna de las razones que puedan vulnerar la dignidad humana, en el sentido expuesto anteriormente.

Para funcionar, el Estado Constitucional Garantista está basado en un cierto tipo de derechos que generan obligaciones y deberes para los estados. Los derechos a los que se refiere este sistema son derechos humanos –es decir, los que se encuentran positivados en los instrumentos internacionales emanados de los grupos de trabajo de la ONU–, pero no todos los derechos humanos, sino solo aquellos que son considerados fundamentales, es decir, los que están positivados también en las constituciones de cada Estado y que además cumplen con al menos tres condiciones *sine qua non*: ser universales, en el sentido de que no se pueden particularizar, es decir, nadie los puede reclamar como únicamente suyos; ser indisponibles, es decir, a diferencia de otros derechos, sus titulares no pueden disponer de ellos para, por ejemplo enajenarlos o suspenderlos y constituir normas técnicas, lo que significa que no están sujetos a condición alguna.¹⁴

¹⁴ Para Ferrajoli (2002) habría una cuarta condición que consiste en la verticalidad de estos derechos, lo que les hace necesarios solo en conflictos entre la ciudadanía y el Estado. Ferrajoli concibe a estos derechos, claramente, como límites al poder del Estado y por eso los distingue de los derechos que aplican en las relaciones entre particulares. En lo general concuerdo con esta visión en la medida en la que, a quien toca proteger los derechos –como se ha dicho: evitar que otros los violen– es al propio Estado. Sin embargo, en tanto que el artículo 1º. de la Constitución Política de los



Las obligaciones que, por su parte, derivan de estos derechos fundamentales son vinculantes para los servidores públicos que pertenecen al Estado. Estas obligaciones les imponen respetar –es decir no violar ellos mismos derechos fundamentales–, proteger –es decir, evitar que otros servidores violen los derechos–, promover –lo que significa dar a conocer estos derechos– y garantizar, que implica construir los mecanismos para hacer asequibles los derechos fundamentales. De estas obligaciones derivan deberes que cobran sentido cuando un derecho fundamental ha sido real o potencialmente violado; estos deberes exigen prevenir las posibles violaciones, investigarlas en caso de que hayan ocurrido, sancionar a los responsables y reparar los daños ocasionados por aquellas.

Es en este marco en el que las denominadas acciones afirmativas requieren ser planteadas. En primer lugar, porque el carácter indisponible de los derechos humanos supone que si el propio titular de estos derechos no puede disponer de ellos en ningún caso, menos aún puede hacerlo el Estado, lo que significa que tampoco puede hacerlo la ley, una política pública o un particular obligado por cualquiera de las anteriores. Por su parte, su condición de normas téticas implica que los derechos fundamentales no están sujetos a condición alguna, por lo tanto no pueden otorgarse o negarse en función de, por ejemplo cuotas, del mérito, de la disponibilidad de espacios, de la representatividad, etc.

Las consecuencias *negativas* de las acciones afirmativas no pueden, por tanto, justificarse como la necesaria violación del derecho de una persona por el hecho de no pertenecer a una raza

Estados Unidos Mexicanos, en el último de sus párrafos, es claro al dirigir la prohibición de discriminación a todos los habitantes y transeúntes del territorio nacional y no solamente a las autoridades y dada la ausencia de garantías para proteger este derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que, en casos de discriminación, es posible hablar de violaciones de derechos humanos entre particulares (Santiago, 2016).



o a una clase social o a un sexo históricamente discriminado, pues eso haría de ese derecho, en los hechos, una norma hipotética –derivada de otras normas, como las que dirían que en ciertas condiciones se preferirá a alguien más por ser portador de alguna de las categorías sospechosas de discriminación– e incluso en el caso de que una persona, digamos un varón, renunciara a su derecho para favorecer a una mujer por el hecho de considerarla desaventajada haría de su derecho disponible y al particularizarlo anularía también su universalidad. En otras palabras, las acciones afirmativas y el principio de la diferencia, aun entendido en terminos rawlsianos como beneficio para los miembros menos favorecidos de la sociedad, entrarían en colisión con el Estado Constitucional Garantista.

Sin embargo, la acción afirmativa encontraría justificación si se la considera no en tanto que derecho a ser incluido –que podría generar un conflicto con el derecho a no ser excluido de quien resultara afectado por esta acción– sino como acto reparatorio de un daño causado a este derecho en el pasado o en el presente a la dignidad de una persona en concreto, no como perteneciente a una minoría o a un colectivo, sino en función de la dimensión de la dignidad en la que ha sido vulnerada. La disolución de las mayorías y la reinterpretación de la composición social en términos de identidades equivalentes resolvería, en línea de principio, el problema del lugar que deben ocupar estas últimas frente a aquéllas en la medida en la que el llamado no es a incluir una raza o un género, o una clase social, sino a reparar e daño histórico o presente ocasionado a alguien, que puede ser cualquiera, en razón de la vulneración de alguno o de varios de los denominadores de las categorías que configuran su dignidad en los términos expuestos más arriba.

De este modo, la acción afirmativa apela al deber de reparación del Estado, garantizado en nuestra Constitución en el



párrafo tercero del artículo 1°. constitucional, lo que disuelve el presunto conflicto de derechos que se produciría si se lo argumentara como un derecho.

Si se piensa en la acción afirmativa como política pública, su justificación la hallaríamos precisamente en la obligación que el Estado tiene de garantizar los derechos fundamentales y en sus deberes de reparación y prevención. Tanto a partir de disposiciones constitucionales, de leyes secundarias o de modo concreto como políticas públicas, estas acciones afirmativas son, al mismo tiempo, actos de reparación en su modalidad de garantía de no repetición y medidas preventivas de futuras violaciones a derechos humanos; en este sentido, su temporalidad no está sujeta a la constatación empírica de que las desigualdades han sido resueltas, porque deben estar ahí, incluso cuando no existieran más desigualdades, para el caso de prevenir que aparezcan.¹⁵

Por último, desataco la importancia de la dimensión que he llamado de posición o de clase de la dignidad humana que obliga al Estado a intervenir para garantizar un nivel de bienestar que le permita a las personas desplegar sus identidades individual y colectiva en condiciones favorables de seguridad –económica, social, de salud– y de libertad. La dignidad de las personas no solo significa, entonces, que las personas puedan aparecer en los espacios públicos y los subsistemas sociales –el de salud, el laboral, el educativo y el de procuración de justicia, por mencionar a los más importantes– libres del miedo y el resentimiento a causa de las potenciales agresiones que les puede acarrear la acción coordinada de quienes les perciben como indignas; sino, sobre todo, el concepto de dignidad podría constituirse como el suelo

¹⁵ En este sentido, me parece, se enderezan las llamadas soluciones transformativas de las que habla Nancy Frazer cuando afirma que éstas últimas son *...aquellas soluciones dirigidas a corregir los resultados inequitativos, precisamente mediante la reestructuración del marco general implícito que los origina...* Cit. en Tubino (2007).



nutricio del que surge un sentido del autorrespeto –en el sentido rawlsiano, es decir, como un brin primario con bases sociales– que hace a cada persona ser consciente del valor de su proyecto de vida buena y observar a la sociedad como un esquema justo de cooperación en cuyo contexto dicho proyecto podrá materializarse en el tiempo.¹⁶

Seguramente habría que ver, caso por caso, hasta donde este marco, que es el del Estado Constitucional Garantista de Derechos, es suficiente para que las acciones afirmativas sean consideradas como actos reparatorios de la dignidad humana y si, en efecto, se producen conflictos en los que pueda argumentarse seriamente por qué no repararlos.

Recapitulación

Las sociedades contemporáneas son diversas y también son desiguales. Por ello, la conciencia de vulneración sobre las identidades sometidas en el pasado y en el presente es condición para la reivindicación de su calidad como personas y colectivos diversos y equivalentes. En este proceso, la recuperación jurídica del concepto de dignidad, despojado de sus correlatos biológicos, religiosos o morales, permite construir una base común para entender a la persona humana no como cuerpo o como espíritu, sino como el producto histórico de sus derechos fundamentales. En el contexto del Estado Constitucional Garantista, que no protege personas sino derechos, esa idea de la dignidad humana como

¹⁶ Sin mayor intención analítica y sólo para enunciarla, de acuerdo con Rawls, la idea del autorrespeto implica, por una parte, “el sentimiento de una persona de su propio valor, su firme convicción de que la concepción de su bien, su proyecto de vida, vale la pena de ser llevado a cabo”; pero, por la otra, significa “una confianza en la propia capacidad, en la medida en que ello depende del propio poder, de realizar las propias intenciones”. Ver Rawls (2011: 398).



constructo está a la base hallar en los derechos fundamentales un eje de unidad en la diversidad, y en las acciones afirmativas, actos reparatorios de la dignidad vulnerada. Esta es, en conclusión, la tesis de esta colaboración.

Bibliografía

- COHEN, S. (1988). *Visiones del control social*. Barcelona: PPU.
- LOPEZ VELA, V. (julio-diciembre de 2016). Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel. *Open Insight*, VII(12), 51-77.
- BORDIEU, P. (2000). *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(34), 15-53.
- FOUCAULT, M. (1996). *Genealogía del racismo*. La Plata: Altamira.
- (2003 [1975]). *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- HABERMAS, J. (2010). La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (44), 105-121.
- ONU. (21 de junio de 1948 [2016]). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de ohchr.org: www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spn
- (21 de junio de 1976 [2016]). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de ohchr.org: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx



- (21 de junio de 1976 [2016]). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 21 de junio de 2016, de ohchr.org: www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx
- RAWLS, J. (2011). *Teoría de la justicia*. México: FCE.
- RODRIGUEZ ZEPEDA, J. (2006). *Un marco teórico para la discriminación*. México: Consejo Nacional para prevenir la Discriminación.
- (2010). *El igualitarismo liberal de John Rawls. Estudio de Teoría de la Justicia*. México: Miguel Angel Porrúa.
- SANTIAGO, M. (2016). Comentario a la sentencia recaída al amparo directo en revisión 992/2014 de la Suprema Corte de México. No discriminación en las convocatorias de empleo. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 319-338.
- SERRET, E. (2002). *Identidad femenina y proyecto ético*. México: Miguel Angel Porrúa.
- SINGER, P. (2003). *Un solo mundo. La ética de la globalización*. Barcelona: Paidós.
- TUBINO, F. (2007). Las ambivalencias de las acciones afirmativas. En J. y. Ansion, *Educación en ciudadanía intercultural. Experiencias y retos en la formación de estudiantes indígenas* (págs. 91-110). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- WALDRON, J. (2009). Dignity, Rank, and Rights. *The Tanner Lectures on Human Values* (págs. 209-253). Berkeley: University of California.
- WALLERSTEIN, I. (1996). *Después del liberalismo*. México: Siglo XXI.
- ZILIANI, E. (2011). Acción afirmativa en el derecho nortamericano. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrósio L. Gioja*, 5 (número especial), 71-80.





El acomodo del pluralismo jurídico en el Estado de derecho

Una perspectiva teórica y comparada

Francisco Colom González

Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Madrid, España)

La tendencia generalizada a la privatización de las funciones del Estado y el recurso cada vez más frecuente a formas alternativas o paralegales de resolución de conflictos ha abierto un capítulo novedoso en la gestión de las relaciones interculturales en las sociedades contemporáneas. Se trata de lo que algunos autores han descrito como fenómenos de pluralismo jurídico ligados a procesos identitarios (Gaudreault-DesBiens, 2006). Se trata de demandas de reconocimiento y de autorregulación jurídica formuladas por algunos grupos étnicos y religiosos. Este tipo de reivindicaciones no sólo cuestionan el monopolio estatal del derecho y su interpretación sino que entrañan serias dificultades normativas en lo que se refiere a la preservación de sus garantías formales y materiales. El tránsito desde el derecho natural al derecho positivo supuso históricamente la secularización de los criterios últimos de validez jurídica y la imposición de una racionalidad formal a sus normas. Este proceso de racionalización es el que subyace a la noción del *imperio de la ley*. Su supuesto más elemental mantiene que la au-



toridad debe ejercerse por medio de normas públicas (Waldron, 2008). La expresión, en su versión original inglesa (*the rule of law*), aludía al hecho de que nadie está por encima de la ley ni puede ser castigado al margen de ella. Como tal quedó recogida de forma emblemática en la cláusula de la Magna Carta que afirmaba:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino. No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.

Su correlato histórico en la Europa medieval lo constituyó la aparición de unos incipientes sistemas políticos basados en el control institucional del poder monárquico y en derechos individuales estatutariamente recogidos. El núcleo normativo de esta idea se corresponde a grandes rasgos con una doctrina jurídica más moderna de origen germánico, la del Estado de derecho (*Rechtsstaat*), que supedita el ejercicio del poder soberano a un ordenamiento jurídico formalmente racional. Las nociones iusfilosóficas que le subyacen son las de la unidad y unicidad de la autoridad jurídica, la cohesión espacial de su ámbito de aplicación y la jerarquización de su estructura de normas. Esta concepción positivista del derecho, calificada por algunos autores como la *ideología del centralismo jurídico* (Griffiths, 1986), ha sido hegemónica hasta nuestros días y tiene al Estado como presupuesto político de su existencia. Como ha señalado el jurista alemán Klaus Günther,



La mayoría de los debates académicos y políticos sobre el derecho se siguen guiando todavía por el concepto de un orden legal nacional, con un poder legislativo centralizado y públicamente legitimado, un poder ejecutivo sometido a la ley y responsable ante el pueblo soberano y una judicatura relativamente autónoma frente a ambos, pero comprometida con la gestión de un sistema legal coherentemente ordenado y con el monopolio estatal de la violencia (Günther, 2008: 5).

Lo cierto es que la evolución histórica del derecho ha restado plausibilidad a algunos de esos supuestos. La globalización de los procesos legislativos ha generado una proliferación de actores jurídicos y la multiplicación de las fuentes de autoridad normativa. En tales circunstancias, el concepto uniforme del derecho difícilmente puede seguir manteniéndose. Como sigue describiendo certeramente el propio Günther:

Cuando existen múltiples legisladores públicos y privados o diferentes tipos de actores privados y públicos que participan en diferentes legislaciones y en diferentes áreas y niveles (infra-, inter- o supranacionales), la concepción uniforme del derecho ya no puede mantenerse. En su lugar la teoría jurídica debe enfrentarse a la existencia de distintos sistemas normativos. La noción positivista de un único sistema jurídico lógicamente ordenado y jerárquicamente diferenciado se transforma así en una pluralidad de regímenes jurídicos. La evidencia del pluralismo jurídico parece convertir en una mera ficción la idea de un sistema jurídico unificado (Günther, 2008: 6).

La legislación inspirada en normas generales y coherentemente ordenadas, interpretadas a partir de criterios y precedentes referidos a un único sistema legal, estaría siendo sustituida por



un espectro fragmentario de prácticas de autorregulación desarrolladas por actores que se han autoconcedido ese poder normativo y que son capaces de promulgar normas con un diverso grado de generalidad y alcance (Günther, 2008: 7). El pluralismo jurídico puede interpretarse pues como un mero hecho social, pero también como una corriente alternativa en la teoría jurídica contemporánea. En el primer sentido, el pluralismo alude meramente a la inexistencia de una fuente única y homogénea de autoridad jurídica en el seno de una determinada sociedad, ya sea por la incapacidad política del Estado para imponerla –como en el caso de países que sufrieron el colonialismo y donde el derecho consuetudinario pervive junto al derecho estatal moderno– o por la coexistencia organizada de dos o más sistemas jurídicos –como en Canadá, donde el derecho común de origen británico y el derecho civil de origen francés conviven sobre un principio territorial, o como en numerosos países musulmanes, donde existe una articulación entre jurisprudencia islámica y derecho positivo (Dupret, Berger & Al-Zwaini, 1999). El grado en que esos diversos órdenes legales interactúan y pueden llegar a reconocerse entre sí es muy variable y depende de múltiples circunstancias. Como perspectiva teórica, el pluralismo jurídico va más allá de la mera constatación empírica de la diversidad de sistemas normativos y asume el carácter paralelo y a menudo contradictorio de los diversos tipos de legitimación que subyacen a las normas legales. Su premisa básica mantiene que la noción de *ley* no debe limitarse al derecho estatal, internacional y transnacional sino que debe ampliarse a todas las concepciones normativas objetivadas cuya vigencia se hace valer con autoridad en el seno de una determinada formación social (Von Benda-Beckmann, 2006). En esta misma línea, Boaventura de Sousa Santos ha preconizado lo que denomina un nuevo *sentido común* (Sousa Santos, 2009) en la interpretación jurídica, un sentido que la



aproxime a las múltiples dimensiones constitutivas del derecho. Si un orden jurídico es visto como la sistematización normativa de un conjunto de prácticas sociales y la justicia como la autoridad que capacita a los actores jurídicos para actuar como tales, entonces resultará más fácil reconocer el carácter policéntrico de la mayoría de los sistemas jurídicos existentes y la asimetría de su efectividad normativa. Desde la perspectiva pluralista, el ordenamiento jurídico estatal sería tan sólo un sistema de normas más, permanentemente sometido a la necesidad de negociar su validez, formas de aplicación y posible asimilación a otros sistemas normativos (Falk Moore, 1978).

La relevancia del sustrato cultural del derecho fue señalada a comienzos del siglo xx por Eugen Ehrlich, uno de los padres de la sociología jurídica. Testigo de la inextricable diversidad del Imperio Austro-Húngaro, Ehrlich introdujo la noción de *derecho vivo* (*lebendes Recht*) para criticar la perspectiva convencional de la jurisprudencia de su tiempo, que se limitaba a considerar las normas escritas recogidas en el código jurídico austriaco e ignoraba las tradiciones legales que las subyacían. En su estudio de las prácticas que regulaban el matrimonio y la herencia en su región natal de Bucovina, Ehrlich trató de mostrar la íntima relación existente entre las normas sociales y jurídicas. Ehrlich mantuvo que la obligación jurídica es inducida por patrones de comportamiento, más que por la obediencia abstracta al derecho. Subyaciendo a las normas legales de su región natal detectó la existencia de un derecho consuetudinario tanto o más importante que el derecho estatuido. Este derecho procedía de la práctica continuada, estaba socialmente aceptado y funcionaba de forma paralela, aunque no necesariamente contradictoria, al derecho estatal (Ehrlich, 1913). Para Ehrlich, el derecho constituía básicamente un ordenamiento (*Ordnung*) del comportamiento humano, de manera que el jurista debe buscar siempre



la raíz de las normas vigentes en la organización interna de las asociaciones humanas:

Las normas que, por sí mismas, las personas que viven en comunidad consideran vinculantes son el derecho vivo. Tales normas constituyen un ordenamiento legal en la misma medida que las normas recogidas en los códigos jurídicos. La diferencia estriba en que las primeras cobran validez por la acción voluntaria de las partes, mientras que las segundas deben en gran medida hacerse valer mediante los juzgados y las autoridades públicas (Ehrlich, 1986: 233)

Las tesis de Ehrlich fueron vehementemente criticadas por su coetáneo el austriaco Hans Kelsen, cabeza visible del positivismo jurídico, cuya hegemonía fue incapaz de desafiar. Desde la concepción positivista del derecho como una jerarquía unificada de normas, la costumbre tan sólo puede convertirse en ley si es susceptible de retrotraerse a una *norma básica hipotética* o a una *regla de reconocimiento* sobre su origen y modo de creación (Robles Morchón, 1977). Tras su muerte, la obra de Ehrlich cayó en el olvido. Sin embargo, en los años 1970 del siglo xx la teoría del *derecho vivo* fue redescubierta por los antropólogos, que la aplicaron al estudio de los sistemas legales en sociedades primitivas y modernas (Pospisil 1972, Nelken, 2009). Con ello se abrió un debate sobre la naturaleza de los distintos tipos de normas y la interacción de los diversos sistemas normativos reconocibles en el seno de las sociedades.



La dimensión etno-cultural del pluralismo jurídico

Los fenómenos de pluralismo jurídico en las sociedades contemporáneas son generados por una amplia gama de actores: agentes económicos internacionales con capacidad legislativa *de facto*, organizaciones políticas supranacionales que funcionan como legisladores *de iure*, organizaciones no gubernamentales implicadas en procesos legislativos, empresas multinacionales, etc. Existen, sin embargo, otros actores cuyo activismo legislativo no se deriva tanto de su carácter político o económico sino de su condición socio-cultural, como es el caso de numerosos pueblos indígenas y de algunas comunidades religiosas, ya sean inmigradas o autóctonas. En la mayor parte de las sociedades contemporáneas existen grupos que han decidido regular sus hábitos de vida, status marital, asuntos familiares y relaciones intracomunitarias mediante normas auto-impuestas que difieren notablemente de las del entorno social en que se inscriben. El pluralismo jurídico de base etno-cultural entraña en este sentido una cierta tensión entre tres referencias normativas reconocibles: la soberanía del Estado, los derechos de las minorías y los derechos individuales. Algunos de estos grupos han intentado obtener cierto grado de autonomía y de reconocimiento oficial para sus prácticas autoregulativas. De hecho, sus reivindicaciones gozan en la actualidad de un grado de notoriedad y de receptividad mayor que en épocas anteriores. Los conflictos entre sistemas distintos de leyes generados por este tipo de demandas tienen varios orígenes: en algunos casos son el producto colateral del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas reconocido por las convenciones internacionales; en otros casos derivan de las *reconstrucciones jurídicas diaspóricas* (Shah, 2005) impulsadas por las comunidades de inmigrantes; por último,



son también resultado de las reglas sobre el estatuto personal reconocidas por el derecho privado internacional.

El derecho consuetudinario practicado por algunas comunidades indígenas ha logrado un notable grado de aceptación en el derecho internacional, tal y como reflejan el artículo 8.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Las costumbres jurídicas de estos pueblos suelen ser parte de una cosmovisión y no constituyen una esfera formalmente diferenciada de su estructura social. Salvando las evidentes diferencias, las prácticas de justicia indígena se identifican por lo general con un modelo de regulación calificado de *compensatorio* o *conciliatorio*. Se trata de sistemas regulativos que parten de supuestos sustantivos sobre la naturaleza de la comunidad y que persiguen fundamentalmente restablecer el equilibrio entre sus miembros. Lo importante en estos sistemas no es tanto la *culpa* como el *daño* y su restauración. Su aplicación suele ser de naturaleza arbitral y compete a las autoridades de cada comunidad. Los procedimientos son eminentemente orales y en su desarrollo prima la rapidez y la ejemplaridad de la sanción, que puede consistir en multas pecuniarias y de trabajo obligatorio, en castigos corporales o en diversas formas de ostracismo. Su grado de reconocimiento por los sistemas jurídicos estatales y su imbricación en las prácticas judiciales ordinarias varía considerablemente según el país en cuestión. En Canadá, por ejemplo, los delitos menores en el ámbito tribal son a veces juzgados mediante el recurso a *círculos de sentencia* (*sentencing circles*), en los que un juez profesional es asistido por miembros de la comunidad para decidir sobre la condena más adecuada para el infractor (Borrows, 2006). En los Estados Unidos existen también prácticas indígenas de justicia restaurativa con cierto grado de institucionalización (Niel-



sen, 1999), mientras que en Colombia la constitución de 1991 abrió el espacio para una *jurisdicción especial indígena*, lo que ha permitido que algunas de sus apelaciones lleguen hasta la Corte Constitucional (Gaviria Díaz, 2002; Arbeláez de Tobón, 2004).

En el caso de los grupos definidos por criterios confesionales, las demandas de autorregulación jurídica poseen una dinámica distinta. Las prácticas religiosas comunitarias suelen aportar elementos de apoyo subjetivo y sentimiento de pertenencia a las personas inmigradas, así como cierta respetabilidad social y el acceso a determinados recursos materiales y organizativos. Sin embargo, los grupos religiosos minoritarios –ya san autóctonos o inmigrados- no suelen plantear demandas integrales de autogobierno apelando a una legitimidad histórica, como ocurre en el caso de los grupos indígenas. En los Estados Unidos, por ejemplo, ha sido habitual que los inmigrantes se asimilen a la cultura nacional mediante su adscripción a una determinada denominación religiosa y la participación en la vida de su comunidad. De hecho, el índice de religiosidad de estos grupos suele ser mayor en el país de acogida que en sus sociedades de origen (Hirschman, 2008). La inserción religiosa de los inmigrantes en Europa ha discurrido por otros cauces y se ha visto condicionada por la distinta forma de gestionar las relaciones entre el Estado y la iglesia en cada país. Paradójicamente, la separación constitucional estadounidense entre iglesia y Estado no ha impedido una fuerte presencia de la religión en su vida política, mientras que por el contrario la pervivencia de las iglesias nacionales en Europa suele darse en un contexto político altamente secularizado. En Francia, por ejemplo, la *laicidad* constituye un principio fundacional de la república y, a diferencia del caso estadounidense, supone la incorporación política del individuo a la nación con absoluta independencia de sus vínculos étnicos o religiosos. En Alemania, por el contrario, como consecuencia de



la *guerra cultural* entre el Imperio Alemán y la iglesia católica a finales del siglo XIX, el biconfesionalismo ha asumido un fuerte componente corporativo y es gestionado directamente por el Estado. En España, el nacional-catolicismo del pasado franquista ha dado paso a un principio de cooperación con la iglesia católica y, de manera más limitada, con las religiones de *notorio arraigo*. Este último concepto no se encuentra propiamente en la constitución, sino en la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa, donde se entiende por tal el estatus de las confesiones que “*por su ámbito y número de creyentes*” han arraigado suficientemente en España. Canadá, por poner otro ejemplo, se sitúa en un lugar ambivalente entre las experiencias europea y estadounidense, ya que a diferencia de los Estados Unidos, carece de una *religión civil*¹ reconocible ligada a la génesis su identidad política y, a diferencia de los países europeos, su Estado no fue fruto de conflictos entre las denominaciones religiosas ni puede reconocerse en su historia una ideología concreta que haya marcado la construcción de sus instituciones (Lyon–Van Die, 2000; Rubboli, 2006; Hiller, 2000; Ajzenstat, 1999). No es menos cierto, sin embargo, que la existencia de dos comunidades fundacionales lingüística y religiosamente diferenciadas ha condicionado muchas de sus políticas públicas, sobre todo en el ámbito educativo. Ha sido precisamente esta tradicional apertura cultural y política la que llevó a Canadá a convertirse en uno de los primeros campos de prueba en la gestión del pluralismo jurídico, tanto en su dimensión étnica como religiosa.

¹ El concepto de *religión civil*, acuñado originalmente por Rousseau en *El contrato social*, fue utilizado por el sociólogo norteamericano Robert Bellah para aludir a las prácticas rituales de patriotismo y devoción por los símbolos fundacionales de la comunidad (Bellah, 1967).



El debate sobre los arbitrajes religiosos en Canadá y el Reino Unido

Los derechos al autogobierno de los pueblos indígenas -o *primeras naciones*, que es como se reconoce a los pueblos indígenas en su lenguaje constitucional- de Canadá hunden sus raíces jurídicas e históricas en la Proclamación Real de 1763 y en los diferentes tratados firmados con la Corona. Por el contrario, la faceta religiosa del pluralismo jurídico se ha manifestado mucho más recientemente, como resultado de una serie de prácticas de arbitraje entre las comunidades de inmigrantes. La mediación y el arbitraje pertenecen al universo de la resolución paralegal o alternativa de conflictos. Esta vía facilita la descongestión de los tribunales ordinarios y ha cobrado cierto auge en los litigios relacionados con las transacciones comerciales, la regulación de la propiedad y algunos aspectos de las separaciones matrimoniales. En los procesos de mediación las partes enfrentadas pueden alcanzar un arreglo de común acuerdo con el concurso de un interventor neutral. En el arbitraje, por el contrario, las partes aceptan referir la resolución de la materia en disputa al laudo de un tercero. En este sentido, el arbitraje religioso puede ser definido como

Un proceso voluntario de resolución de conflictos guiado por principios religiosos... Puede referirse a procesos vinculantes o no vinculantes, a actuaciones sumamente formalizadas o más bien informales y a procesos previstos como preámbulo para la acción judicial, como sustituto parcial de ella o como alternativa (Walter, 2012: 503-504).

Los motivos por los que las personas recurren al arbitraje religioso son múltiples. En primer lugar cuenta, obviamente, la



convicción religiosa de los implicados. También puede jugar en su favor la presión social y el temor de las minorías a sufrir discriminación en los tribunales ordinarios. Los arbitrajes religiosos suelen ser, por lo demás, más económicos y conciliadores que los procedimientos judiciales, permiten preservar un mayor grado de privacidad y tienden a fomentar el sentido de comunidad. El debate más conocido en Canadá fue el que prendió en torno al posible reconocimiento de los tribunales islámicos de arbitraje en la provincia de Ontario. En 2003, Syed Mumtaz Ali, presidente por aquél entonces de la *Canadian Society of Muslims*, anunció su propósito de crear un Instituto Islámico de Justicia Civil que ejerciese como instancia de arbitraje para la aplicación voluntaria del código islámico en la resolución de disputas civiles entre musulmanes. La base jurídica para ello la ofrecía la Ley de Arbitraje de Ontario de 1991, cuya subsección 32.1 dispone que *“al decidir una disputa, un tribunal de arbitraje aplicará las reglas de derecho designadas por las partes o, si no se ha designado ninguna, las reglas de derecho que considere adecuadas a las circunstancias”*. Esta ley hacía vinculantes todos los arbitrios en la provincia, con excepción de las disputas comerciales entre partes internacionales, pero no excluía de manera explícita el derecho de familia ni mencionaba el requisito de que la sentencia se realizase de acuerdo con el derecho canadiense, como si ocurría en la ley de arbitraje anterior. Con ello parecía abrirse la posibilidad de que los tribunales religiosos tomaran decisiones vinculantes sobre divorcios o herencias basándose en fundamentos que no fuesen necesariamente aceptados por los tribunales canadienses. El agitado debate público que siguió a este anuncio fue impulsado, entre otros, por los medios de comunicación y por algunos grupos feministas (Rights & Democracy, 2005), pero también por organizaciones musulmanas disconformes, aprensivas ante una posible marginación de su comunidad (Rahnema, 2006). El



temor más extendido estribaba en que este mecanismo terminase convirtiéndose en un gueto judicial para los miembros más vulnerables de la sociedad (fundamentalmente mujeres recién inmigradas, niños y grupos marginados), privándoles así de plenas garantías jurídicas y de la posibilidad efectiva de escapar a la presión de sus comunidades o de desenvolverse en un entorno cultural distinto del oriundo. También se esgrimieron argumentos favorables a esa iniciativa, como la conveniencia de proteger a las mujeres que desean vivir según las normas religiosas de su comunidad o la necesidad de poner orden en unas prácticas que de hecho se ejercen en la vida cotidiana de numerosas comunidades de inmigrantes y que corren el riesgo de sumergirse aún más en la marginalidad (Bakht, 2007).

La propuesta de la citada asociación musulmana suscitaba en realidad mayores problemas legales de los que pretendía resolver. En primer lugar, el divorcio constituye en Canadá un área de competencia federal, salvo algunos aspectos relacionados con la pensión alimenticia de los ex-cónyuges, el reparto de la propiedad matrimonial y la custodia de los hijos, que en Ontario se regulan por la *Family Law Act* y la *Children's Law Reform Act*. La iniciativa tampoco explicitaba la tradición jurídica islámica que se proponía respaldar -ya que existen cuatro escuelas reconocidas en el ámbito suní y otra en el chií- ni la manera de conciliar esa tradición con la legislación canadiense (Pal, 2006; Pengelley, 2005; Combalía Solís, 2008). Como respuesta al debate suscitado, el fiscal general de Ontario decidió encargar a una asesora independiente, Marion Boyd, un informe sobre las prácticas de arbitraje en la provincia. El informe de Boyd intentó terciar entre los prejuicios y temores existentes, concluyendo que “*Canadá es una sociedad multicultural en la que la tensión fundamental que ha de resolverse se sitúa entre el respeto a los grupos minoritarios y el respeto a los derechos individuales de los integrantes de esas*



minorías”, pero no excluía la posibilidad del arbitraje religioso en casos de divorcio y herencia, siempre y cuando la promoción de vías alternativas de resolución de conflictos para las minorías se equilibrase mediante “*un firme compromiso con la autonomía individual*” (Boyd, 2004: 1-3). Más concretamente, el informe Boyd recomendaba la introducción de una serie de salvaguardias procedimentales en la ley de arbitraje que limitasen, en calidad de contratos domésticos, la naturaleza de los acuerdos alcanzados y garantizaran la existencia de un asesoramiento legal independiente. Pese a ello, en 2005 el primer ministro de Ontario, Dalton McGuinty, vetó la iniciativa y reformó la ley de familia para asegurar que cualquier arbitraje se realice exclusivamente bajo el derecho canadiense y provincial.

El Reino Unido se vio envuelto en un debate parecido en el año 2008. En este caso el detonante fueron unas declaraciones del arzobispo de Canterbury sobre las relaciones entre derecho civil y religioso. En un discurso ante los Reales Tribunales de Justicia, el arzobispo mencionó la conveniencia de “crear una relación justa y constructiva entre el derecho islámico y la legislación del Reino Unido”. Más concretamente se refirió al trabajo de Ayelet Shachar, una académica israelí asentada actualmente en Alemania, y a la posibilidad de reconocer una *jurisdicción complementaria* para acomodar la *sharia* y diseñar “*un modelo en el que los individuos retengan la libertad para elegir libremente la jurisdicción bajo la que desean resolver determinados asuntos cuidadosamente especificados*”, como “*cuestiones de derecho marital o la regulación de transacciones financieras*” (The Archbishop of Canterbury, 2008). Como se apresuró a recordar el Consejo Musulmán de Gran Bretaña, esa posibilidad tan sólo equipararía a los musulmanes británicos con otras comunidades religiosas del país, como la judía, que disponen desde hace siglos de instituciones como los *Batei Din*, tribunales rabínicos para arbitrar dispu-



tas maritales e interpretar reglas y rituales religiosos. Lo cierto es que, al amparo de una *zona gris* en el sistema jurídico británico, los musulmanes británicos han venido usando desde hace algún tiempo una serie de prácticas informales de arbitraje como referencia autorizada para la resolución de divorcios, disputas sobre herencias y conflictos familiares o comerciales. La peculiaridad del caso británico consiste en que su Ley de Arbitraje de 1996 permite a quienes se acogen a una negociación contractual acordar que ésta se rija por una ley distinta de la inglesa. Nada impide que la parte arbitral sea una institución religiosa. Lo único que se exige es que las partes implicadas “*sean libres de acordar cómo resuelven sus disputas, sometándose tan sólo a las salvaguardias necesarias para el interés público*”. Pese a su informalidad, tales prácticas han llegado a ganar con el tiempo un reconocimiento jurídico. De hecho, en 2007 el gobierno británico sancionó la autoridad de una serie de tribunales de arbitraje islámico (*Muslim Arbitration Tribunals*) en Inglaterra y Gales. Esta medida se acogía a la Ley de Arbitraje de 1996, pero hay que inscribirla en el ámbito más amplio de reformas introducidas en el procedimiento civil británico a raíz del informe sobre el funcionamiento del sistema de justicia presentado por el *Chief Justice* Lord Woolf ese mismo año. Tales reformas tienden a promover la resolución anticipada de los litigios mediante una combinación de protocolos de preactuación, la intervención directa de los tribunales y penalizaciones en las costas judiciales para las partes que se resistan sin motivo razonable a la negociación de acuerdos. Como reconoció Lord Philips, sucesor de Lord Woolf en el cargo, en un discurso ante una audiencia de musulmanes londinenses:

No existe ningún motivo por el que los principios de la sharia o de cualquier otro código religioso no puedan constituir la base de una mediación o de otras formas de resolución alternativa de



conflictos. Hay que reconocer, sin embargo, que cualquier penalización del rechazo a cumplir con los términos acordados en la mediación debe derivarse de las leyes de Inglaterra y Gales. En lo que atañe a cuestiones del derecho matrimonial, existe en el derecho inglés un precedente limitado para el reconocimiento de algunos aspectos de las leyes religiosas, aunque en lo que se refiere al divorcio, esté sólo puede efectuarse de acuerdo con el derecho civil de este país (Lord Philips, 2008).

Los nuevos tribunales islámicos ingleses se componen de al menos un especialista en derecho islámico y un abogado, pero lo que sin duda despierta mayor animosidad entre la opinión pública es su incursión en el derecho de familia y la convicción de que el derecho islámico es inherentemente arbitrario y discriminatorio hacia las mujeres y los menores (One Law for All, 2010). Para intentar disipar tales temores Jack Straw, por aquel entonces ministro de justicia en el gobierno de Tony Blair, declaró ante el parlamento británico que los tribunales islámicos estarán siempre subordinados a la ley inglesa, y añadió:

El arbitraje no es un sistema de resolución de conflictos que pueda aplicarse a casos de familia. Por consiguiente, ningún proyecto de decreto de conformidad conteniendo los términos de un acuerdo alcanzado mediante un Consejo de Sharia ha sido sancionado por los tribunales ingleses en procedimientos matrimoniales de acuerdo con la Ley de Arbitraje de 1996 (UK Parliament, 2008).

El proyecto de ley sobre *Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill (HL Bill 72)*, presentado en 2011 por la baronesa Cox y actualmente bloqueado en la Cámara de los Lores, excluye explícitamente del arbitraje las cuestiones relativas al derecho penal y de familia y trata de aplicar una serie de garantías igualitarias



en los servicios de mediación. El último episodio de este debate en el plano judicial lo constituye el caso *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40, surgido de un desacuerdo sobre las condiciones de un arbitraje comercial en la comunidad ismailí, concretamente sobre la potestad para fijar la filiación religiosa del árbitro del mismo. En su sentencia, el Tribunal Supremo de Inglaterra ha advertido sobre la proyección pública que posee la función arbitral en general y las limitaciones que esta condición impone a la autonomía de las partes en la determinación de las cualidades (en este caso religiosas) que hayan de rodear a la figura del mediador.

Fenómenos de ‘interlegalidad’: el trasplante cultural de las normas jurídicas

En las sociedades abiertas o *liberales* –esto es, en sociedades pluralistas dotadas de sistemas políticos flexibles y jurídicamente garantistas que responden a las decisiones de los ciudadanos– existen fórmulas que permiten a los miembros de los grupos más tradicionalistas o *nomóticos* (Cover, 1983) escapar al dilema de tener que optar entre el ejercicio de sus derechos individuales o su pertenencia comunitaria. Algunos órganos judiciales de naturaleza confesional cuentan, por ejemplo, con larga tradición histórica en los países occidentales. Los *Battei Din* o tribunales rabínicos existen en Inglaterra desde hace siglos, aunque las materias arbitradas por ellos sean esencialmente de naturaleza religiosa. Los tribunales canónicos de la iglesia católica poseen asimismo una larga tradición, como el Tribunal de la Rota Española, que se remonta a 1537 y resuelve en segunda instancia las causas de nulidad matrimonial, entre otras. La iglesia anglicana cuenta igualmente con tribunales *ad hoc* para decidir sobre la propiedad eclesiástica y la disciplina del clero.



Una de las principales prevenciones frente a la coexistencia de diferentes sistemas legales en el seno de una misma estructura política apunta a la multiplicación de las filiaciones de sus miembros, promoviendo la superposición de referencias identitarias y potenciales conflictos jurisdiccionales. El hecho de que esa multiplicidad sea ignorada, rechazada o aceptada por el sistema legal establecido es una cuestión políticamente abierta. De hecho, una posibilidad consiste en reconocer un determinado corpus legal como un derecho colectivo de quienes lo utilizan. Esto lo aproximaría a lo que Will Kymlicka, en su teoría de los derechos de las minorías, ha definido un tanto genéricamente como *derechos poliétnicos* (Kymlicka, 1995). Otra alternativa consiste en incorporar las normas del derecho extraoficial en el derecho estatal mediante su interpretación judicial o legislativa. Boaventura de Sousa Santos ha acuñado el término *interlegalidad* para referirse a este peculiar proceso de interpenetración normativa:

Vivimos en una época de legalidad porosa o porosidad legal, con múltiples redes de ordenamientos legales que nos obligan a continuas transiciones y transgresiones. Nuestra vida legal está constituida por la intersección de distintos órdenes legales, es decir, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y una noción clave en la concepción postmoderna del derecho (Sousa Santos, 2002: 437)

La interlegalidad puede concebirse como un proceso, pero también como un resultado, es decir:

Como un proceso de adopción de elementos de un orden jurídico dominante a nivel nacional e internacional, y de los marcos de significado que lo constituyen, en las prácticas de un orden jurí-



dico local, y a la inversa, o como el resultado de dicho proceso: un nuevo orden jurídico híbrido (Hoekema, 2005: 11).

Esta noción va más allá del sentido limitado con que Alan Watson (Watson, 1974) utilizó por primera vez el término *trasplante jurídico* (*legal transplant*). Mientras que Watson tan sólo aludía al traslado de una norma legal desde una jurisdicción a otra, la noción de *interlegalidad* se apoya en una concepción pluralista del derecho que toma en consideración su trasfondo cultural. Ambas nociones, referidas a la reubicación de normas y a la hibridación jurídica resultante, pueden aplicarse para describir la transferencia del arbitraje privado a los sistemas de litigación del sistema jurídico estatal. Este ha sido típicamente el caso cuando las disputas sobre contratos maritales, herencias, custodia infantil o acuerdos comerciales en el seno de algunas comunidades han traspasado los confines originales del derecho religioso y han alcanzado la jurisdicción ordinaria. En tal caso los juzgados terminan convirtiéndose en una peculiar *interfaz* entre ordenamientos jurídicos heterogéneos y a veces enfrentados.

La terminación de los matrimonios establecidos según la ley islámica y judía, regulados por principios contractuales, se ha visto frecuentemente envuelta en estos fenómenos de interlegalidad. En la tradición musulmana, los distintos procedimientos conducentes a la disolución del vínculo marital comportan un grado distinto de iniciativa por parte de la esposa y del correspondiente derecho a recibir una compensación del marido. El pago de la dote nupcial (*mahr* o *sadaq*) debe ejecutarse en caso de repudio por el marido (*talaq*), de divorcio consensuado a instancias de la esposa (*khula*) o de una orden de anulación del matrimonio (*faskh*) tras probar ésta haber sufrido un daño (*darar*). También son recurrentes los casos sobre la fórmula musulmana de custodia de menores (*kafala*). El matrimonio musulmán cons-



tituye esencialmente un contrato y se encuentra desprovisto de las connotaciones sacramentales cristianas. La reparación incorporada en el contrato marital es concebida como un medio para el sustento de la esposa en caso de viudedad repentina, divorcio o cualquier otra situación de emergencia. Pese a esta función protectora, la dote marital no es estrictamente un regalo o una gratificación: constituye una obligación financiera del marido. La ausencia de su estipulación en el momento de formalizar el contrato matrimonial no invalida el derecho de la esposa a recibirla. Esa dote suele dividirse en un pago inmediato, a menudo de carácter simbólico, y otro diferido ejecutable en caso de divorcio, fallecimiento del marido u otra circunstancia especificada. El *mahr* es, por tanto, un efecto del contrato nupcial y pasa a convertirse en propiedad exclusiva de la esposa, sobre la que tiene una función protectora.

Durante las últimas décadas, en numerosos países la libertad de los cónyuges para determinar los términos de su contrato marital se ha visto ampliada por la admisión de contratos prenupciales que estipulan los derechos y obligaciones respectivos en caso de divorcio. Esta práctica también ha afectado a la interpretación judicial de los contratos matrimoniales religiosos. Sin embargo, la reacción de los tribunales ordinarios ante las obligaciones emanadas de este tipo de contratos ha sido variada (Wolfe, 2006; Fournier, 2010; Combalía Solís, 2002). Uno de los antecedentes más tempranos fue un caso fallado en Inglaterra en 1965 (*Shahnaz v. Rizwan*) en el que el juez dictaminó que el *mahr* debía compararse con un derecho de propiedad, más que con una obligación matrimonial. Según su dictamen,

Tras un minucioso análisis, mi opinión es que se trata de un derecho ex contractu que, aunque por su propia naturaleza sólo puede darse en relación con un matrimonio según la ley islámica



(que es ex hypothesi polígamo), no es un derecho matrimonial. No se trata de un derecho derivado del matrimonio sino de un derecho in personam ejecutable por la esposa o la viuda contra el marido o sus herederos.

En Canadá y en los Estados Unidos las interpretaciones de este tipo de contratos han sido dispares. Los motivos por los que un tribunal estadounidense puede intervenir en un contrato o arbitraje son indiferentes a la naturaleza confesional o secular del mismo, pero en el primer caso se encuentran condicionados por una serie de restricciones constitucionales, particularmente la Primera Enmienda, que impide la interferencia estatal en asuntos religiosos. En estas condiciones, algunos tribunales americanos han optado por métodos universalistas de interpretación, adaptando las estipulaciones religiosas de los contratos a categorías jurídicas convencionales mediante *principios neutrales* del derecho contractual. El tribunal se limita en este caso a hacer cumplir el deseo de las partes de regirse por una ley interna, evitando entrar a interpretar o respaldar la norma religiosa como tal. Una sentencia decisiva en este sentido fue la dictada en 1983 por el Tribunal de Apelación de Nueva York (*Avitzur v. Avitzur*) sobre la negativa de un esposo a conceder el divorcio religioso judío (*get*) a su pareja, con la consiguiente imposibilidad de ésta para volver a contraer matrimonio y tener descendencia legítima de acuerdo con sus creencias. Esta sentencia equiparó el contrato nupcial judío (*ketubah*) a un contrato ordinario, manteniendo que los términos seculares del mismo eran ejecutables en tanto que obligaciones contractuales, independientemente de que formasen parte de una ceremonia religiosa.

Otros tribunales, por el contrario, han optado por una perspectiva relativista, asumiendo que el derecho religioso posee unas propiedades inherentes que sólo él puede aplicar y en las



que la justicia civil no debe intervenir. Así, en *Kaddoura v. Hammoud*, fallado por el Tribunal de Justicia de Ontario en 1998, el juez estableció que las obligaciones contenidas en el contrato matrimonial islámico, concretamente la dote nupcial, eran fruto de una opción religiosa y moral de los contrayentes y vinculaban a su conciencia como materia de principio religioso, pero no necesariamente como materia ejecutable por el derecho civil. De lo contrario, estimaba el juez, el derecho se internaría en “*la maraña religiosa, un lugar en el que los tribunales no pueden entrar sin riesgos; por tanto, no deben hacerlo*”. Se ha dado también el caso de tribunales que, al equiparar las cláusulas del matrimonio islámico con un contrato prenupcial, han desestimado la ejecutabilidad del *mahr* apelando a un principio de orden público. Así, en *In re Marriage of Dajani*, el Tribunal de Apelación de California interpretó el *mahr* como una provisión anticipada en caso de disolución del vínculo marital, por lo que su reclamación a instancias de la parte necesariamente beneficiada abría la posibilidad de maniobras interesadas. En consecuencia, el tribunal consideró que no podía dar carta judicial a un principio opuesto a la preservación de la institución matrimonial, pues el *mahr* sólo puede hacerse efectivo en caso de divorcio y beneficia siempre a la misma parte.

Experiencias parecidas de interlegalidad son menos frecuentes en países con sistemas de derecho civil. Sin embargo, los tribunales europeos también se han visto obligados a decidir sobre la validez de acuerdos religiosos ligados al derecho privado internacional y al estatuto personal de los cónyuges. Los casos más frecuentes se refieren al registro de matrimonios islámicos extranjeros, a los efectos civiles de la poligamia, a la validez del repudio como procedimiento para la disolución del matrimonio y a la custodia de menores. La legislación europea muestra algunas similitudes y diferencias en este terreno. En países como



Francia, España, Italia y Bélgica la nacionalidad es el factor determinante para asignar un caso particular a un sistema jurídico. Según este principio, cuando una norma o institución es permitida por el estatuto personal de ambos esposos –aunque no tenga soporte jurídico en el país anfitrión– puede llegar a tener efectos legales en materias como la reunificación familiar, los derechos de herencia y la pensión alimenticia o de viudedad. En Francia, Alemania, Holanda y Bélgica los tribunales también mantienen la regla que declara la aplicabilidad del derecho foráneo, pero sin autorizar la aplicación de aquellas normas que se consideren discriminatorias en un caso concreto. En conjunto, pues, el resultado de este procedimiento judicial caso por caso resulta bastante incierto (Foblets, 2003).

Las teorías pluralistas del derecho reflejen sin duda de manera más fidedigna que la doctrina positivista la dinámica social de la ley, pero ofrecen pocas pistas sobre cómo coordinar los distintos ordenamientos jurídicos entre sí. Incluso cuando los códigos de referencia jurídica son de naturaleza transnacional, como suele ser el caso en la jurisprudencia religiosa, su regulación y aplicación constituye en última instancia un proceso local de interpretación. Algunos autores han propuesto fórmulas abstractas de coordinación interlegislativa no necesariamente ligadas, pero tampoco ajenas, a cuestiones etno-culturales, como la elucidación de *compatibilidades normativas* (Amstutz, 2005) o la búsqueda de un *código metajurídico o universal de legalidad* (Günther, 2008). Aunque la perspectiva de Günther se encuentra muy alejada de las ideas iusnaturalistas, no deja de ser compatible con la vieja doctrina de Lon Fuller sobre los *principios de legalidad* que todo sistema jurídico propiamente entendido debe cumplir (Fuller, 1964). También ha habido propuestas de primar el enfoque funcional al interpretar la interacción de las normas locales con los sistemas legales hegemónicos. Este es un



procedimiento estándar en el derecho internacional privado, donde el juez busca en las reglas foráneas funciones similares a las del derecho nacional. Cuando en esa búsqueda encuentra alguna incompatibilidad con los principios fundamentales del sistema jurídico local, la ley foránea es normalmente descartada invocando una *excepción de orden público*. Sin embargo, para desarrollar todo su potencial este tipo de enfoque debería tomar en cuenta el contexto socio-cultural en el que cobran sentido las normas minoritarias (Ramadan, 2005). Algunos autores han visto en semejante proceso la posibilidad de reconocer de una manera anti-hegemónica normas legales que nos son culturalmente ajenas. Así, por ejemplo, en el caso del *mahr* el juez podría “*mirar por detrás de su naturaleza religiosa para preguntarse por su propósito en el matrimonio y por los valores que se promueve con su aplicación, como la confianza, el respeto y la independencia económica*” (Fournier, 2001: 70-71).

Este enfoque funcionalista gozó de considerable aceptación durante los años 1980, pero desde entonces la tendencia en Europa ha sido la de rechazar por sistema cualquier efecto jurídicamente disonante de los matrimonios contraídos en el extranjero. En general, la disposición de los tribunales ordinarios a hacer cumplir los términos de los contratos maritales de índole religiosa ha dependido de que se los considere bajo su aspecto meramente civil, pero incluso en este caso no hay garantía de que lleguen a ser interpretados en su sentido original. Los tribunales pueden ordenar el pago de la dote marital islámica en la medida en que lo entiendan como el simple cumplimiento de un contrato legal, al igual que ocurre con los contratos prenupciales laicos, pero puede ocurrir también que en su interpretación desvirtúen el sentido original de esa institución. Esto ha llevado a algunas voces críticas a mantener que los procesos de trasplante jurídico producen una desnaturalización de la institución original y, en el caso de la denegación



del *mahr*, una negación de la capacidad contractual de la esposa (Qaisi, 2000-2001; Fournier, 2010). Pero lo contrario también puede ser cierto. En el caso de la custodia de menores (*kafala*), el principio del mejor interés del menor ha llevado en ocasiones a interpretaciones más generosas por parte de los tribunales occidentales que la institución islámica original, ya que la *kafala*, a diferencia de la adopción, no crea vínculos de filiación. Así, por ejemplo, al juzgar el derecho a una pensión de orfandad de dos menores marroquíes residentes en España, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía reconoció los *efectos de correspondencia* y la *similitud funcional* entre la *kafala* y la adopción, equiparando a ambas instituciones en términos prácticos.²

Los fenómenos de interlegalidad ilustran las dificultades que entraña el trasplante y la interpretación de las normas jurídicas fuera de su contexto original. Como acabamos de ver, los efectos del derecho islámico pueden resultar más restrictivos en su ámbito de origen que interpretados en un contexto distinto; e inversamente, como ha ocurrido en ocasiones con el reconocimiento del *mahr*, su trasplante a los tribunales ordinarios puede producir un menoscabo de los derechos contractuales de los interesados. En definitiva, el trasplante cultural de una norma puede concederle a ésta un nuevo significado, por lo que el juez debe ser consciente de todas las consecuencias cuando juzgue una situación de interculturalidad. Tan erróneo resultaría atribuir un potencial inherentemente liberador a los efectos del pluralismo jurídico, convirtiéndolo en un marco legal alternativo (Wolkmer, 2006), como rechazarlo incondicionalmente en nombre de un universalismo en ocasiones engañoso. Sus efectos dependen en última instancia de la inserción de los procesos de interlegalidad en un contexto social y político más amplio.

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14-09-2004, rec. 1014/2003.



Pluralismo jurídico y Estado de derecho: los condicionantes políticos

El reconocimiento de jurisdicciones específicas por razones étnicas o religiosas, particularmente si implican el derecho a la autonomía legal, va intuitivamente en contra de la percepción liberal del espacio público como campo de prueba de la razonabilidad de las reivindicaciones políticas. Por ello, si bien puede haber razones convincentes para reconocer este tipo de autonomía a algunas colectividades, existen también argumentos sólidos en su contra. La autonomía jurídica suele ser reivindicada por grupos estrechamente ligados a un *nomos* o codificación tradicional de sus hábitos de vida (Cover, 1983), como es el caso de algunas comunidades indígenas y de algunos grupos etno-religiosos. Por este medio, estos grupos intentan controlar la transmisión de su identidad colectiva, tendiendo a imponer un rol subordinado a las mujeres, quienes como responsables de la reproducción biológica del grupo suelen cargar con una parte desproporcionada de la misión de perpetuar la tradición. La organización de un sistema de compartimentos legales comporta, pues, el riesgo de consolidar la discriminación contra los integrantes más vulnerables del grupo, privándoles del marco institucional que en los sistemas liberales protege los derechos de los individuos. Algunos autores han mantenido que la interacción de *protecciones externas* y *restricciones internas* puede llegar a compensar la concentración de autoridad normativa típica de las comunidades tradicionalistas (Kymlicka, 1995; Schachar, 2001). La confluencia de distintas fuentes de autoridad podría idealmente incrementar la competencia entre las filiaciones individuales y presionar a favor de la transformación adaptativa del grupo. Sin embargo, esta perspectiva subestima el núcleo conservador de las comunidades que apelan típicamente a ese tipo de acuerdos y que son, por definición, hostiles al cambio.



Una versión *fuerte* de pluralismo jurídico, como el reconocimiento de una jurisdicción exclusiva a tribunales étnicos o religiosos, equivaldría a una abdicación de la soberanía del Estado sobre todo un segmento de la sociedad, concediéndole a ésta el derecho colectivo a vivir según sus propias normas y renunciando a ofrecer la protección jurídica del Estado de derecho. Hay que tener en cuenta que la oficialización del pluralismo jurídico no sólo protege la diferencia cultural, como suele ser típico de los acomodados multiculturales que suspenden o adaptan una norma para lograr un efecto compensatorio, sino que juridifica la diferenciación social multiplicando las fuentes legítimas de autoridad. Con ello se abre la vía para transformar las minorías sociales en minorías políticas. En una versión antiliberal extrema, las jurisdicciones multiculturales pueden llegar a contradecir el principio de publicidad y de justificación deliberativa que tradicionalmente ha inspirado el Estado de derecho (Waldron, 2008).

Acuerdos de este tipo fueron frecuentes con anterioridad a la aparición del Estado nacional, como el sistema de *millet* en el Imperio Otomano, las aljamas de moros y judíos en los reinos medievales ibéricos o las *repúblicas de indios* en la Hispanoamérica colonial. Por el contrario, los Estados modernos han sido tradicionalmente hostiles a este tipo de multiplicidad jurídica, ya que va en contra de su *ethos* igualitario y homogeneizador. La uniformidad jurídica y cultural promovida por el Estado nacional debía supuestamente facilitar la comunicación social y fomentar el juicio político de ciudadanos libres e iguales. En este sentido, e monolingüismo y la secularización no sólo fueron percibidos como el camino a seguir por las sociedades modernas sino como un prerrequisito para el éxito del propio proceso democrático. En su versión liberal, la esfera pública se asociada con lo que John Stuart Mill denominó la *común simpatía* necesaria para la creación de una comunidad nacional. Este tipo de afinidad so-



cial sería promovido por la comunidad de lengua y unos recuerdos colectivamente compartidos:

Las instituciones libres son prácticamente imposibles en un país constituido por distintas nacionalidades. En un pueblo carente de un sentimiento de simpatía, especialmente si lee y habla lenguas distintas, la unidad de opinión pública necesaria para el funcionamiento del gobierno representativo no puede existir. Las influencias que forman las opiniones y deciden los actos políticos son distintas en cada sección del país. ...No les llegan los mismos libros, periódicos, panfletos y discursos. Una sección no sabe qué opiniones o que incitaciones circulan en la otra. Los mismos incidentes, los mismos actos, el mismo sistema de gobierno, les afecta de manera distinta (Mill, 1861: 289).

Las sociedades contemporáneas son ciertamente más complejas que las que vieron el nacimiento de la esfera pública liberal. Las comunidades políticas étnicamente heterogéneas tampoco son algo nuevo en la historia. Lo que es nuevo es su combinación con el igualitarismo y la democracia. En cualquier caso, la dinámica de la modernidad las ha convertido en un fenómeno inevitable. En este contexto, el viejo e ingenuo universalismo ilustrado ha sido contestado por numerosos discursos que defienden algún tipo de particularismo moral en nombre de la justicia y como compensación por abusos del pasado. Los movimientos indigenistas, por ejemplo, han denunciado regularmente los procesos de aculturación forzosa a los que fueron sometidos sus pueblos –como el sistema de internados de la denominada *generación perdida* en Canadá y Australia– y cuya legitimidad descansaba en los supuestos beneficios que la pertenencia a una sociedad nacional, la propiedad privada de la tierra y el disfrute de los derechos de ciudadanía habrían de reportar-



les. Estos procesos, sin embargo, resultaron frecuentemente en la desintegración de las comunidades nativas y en múltiples formas de marginación.

En términos políticos, el diseño de jurisdicciones diferenciadas por razones étnicas o religiosas –como todos los esquemas multiculturales en general– necesita ofrecer una explicación de por qué la relación entre individuos y culturas no es algo contingente o fortuito. En el pasado, las ideas románticas y las ideologías nacionalistas recurrieron a concepciones ontológicas y esencialistas para justificar semejante relación, pero esas ideas han perdido buena parte de su respetabilidad teórica y política. Una perspectiva más promisorio consiste en abordar la función regulativa de los sistemas normativos y su conexión con las competencias sociales. En este sentido, algunos autores (Kymlicka, 1989) han defendido que la competencia social presupone una familiaridad con los símbolos, normas y valores que definen los ámbitos de la acción social. Los individuos desarrollan su juicio moral, su autoestima y su identidad personal ejerciendo sus competencias sociales en el marco de una red de significados culturalmente compartidos. Esto queda reflejado en las propias prácticas regulativas, que en última instancia dependen de la conformidad de los individuos implicados en ellas. Sin embargo, el consenso es un recurso social limitado. Los sistemas jurídicos necesitan configurar patrones colectivos que sirvan de trasfondo para los desacuerdos normativos (Webber, 2009). En concreto, deben ser capaces de ofrecer respuestas a los conflictos relacionados con la justicia distributiva y la reparación moral. La efectividad de un esquema de justicia depende en última instancia de una serie de *precomprensiones comunes* (Walzer, 1983) sin las cuales la adjudicación de bienes resulta ininteligible o es percibida como arbitraria por sus receptores. Es una evidencia práctica que los intentos de aplicar principios de justicia ajenos al *mundo*



de vida en el que deben operar los torna estériles e incapaces de desarrollar las funciones regulativas que se espera de ellos. La complementariedad funcional entre prácticas regulativas, significados culturales y competencia moral ofrece precisamente la posibilidad de reconocer equivalencias normativas entre culturas. Esta posibilidad puede servir de acicate para la interpretación analógica de principios legales y de bienes morales, y más generalmente como un exhorto para una hermenéutica jurídica culturalmente mediada (Colom González, 2013).

La hermenéutica intercultural es una tarea para la que ni el constructivismo moral de corte rawlsiano ni el positivismo jurídico se encuentran bien equipados. Ambas perspectivas comparten el rechazo a considerar las prácticas sociales y las formas de vida como una fuente de autoridad normativa. Comparten asimismo la convicción sobre el carácter jerárquico del sistema jurídico, ya sea en la forma de una gradación cualitativa de los consensos posibles –desde un *consenso constitucional* a un mero *modus vivendi* (Rawls, 1993)–, presuponiendo una *norma fundamental* en la base del mismo (Kelsen, 2005) o mediante la distinción entre reglas *primarias* y *secundarias* (Hart, 1961). Desde una perspectiva positivista una norma sólo puede convertirse en *ley* si puede retrotraerse a una norma básica o a una regla de reconocimiento sobre su origen y formación. Por el contrario, una aproximación analógica a la hermenéutica jurídica presupone una interpretación *situada* de la ley (Beuchot, 2005). Ese procedimiento debe discernir los distintos significados que una norma puede tener en su contexto original y los fines a los que sirve. Pese a ello, las dificultades para el acomodo del pluralismo jurídico en el Estado de derecho son sobre todo políticas.

Desde los tempranos trabajos de Jürgen Habermas sobre la historia de la opinión y la esfera públicas (Habermas, 1982), esta idea ha alimentado un prolongado debate en la filosofía política



contemporánea. La esfera pública es una construcción regulativa que vincula la racionalidad de las decisiones políticas con la deliberación pública. La noción habermasiana de *publicidad* (*Öffentlichkeit*) ha sido sometida a crítica por marxistas, feministas, post-modernos y, más recientemente, por los defensores del pluralismo cultural (Dahlberg, 2005). El núcleo de tales críticas mantiene que la concepción extremadamente racionalista de Habermas sobre la acción colectiva y la comunicación social excluye a determinados grupos y temas del ámbito público, desvincula la deliberación de las relaciones de poder y está sesgada por un prejuicio consensualista. Otras perspectivas, menos críticas, simplemente clasifican su modelo como una de las posibles formas de entender la esfera pública, vinculándola a una teoría discursiva o deliberativa de la democracia (Marx Ferree, 2002).

En el contexto de este ensayo me interesa recurrir a la noción de la esfera pública para mantener que las excepciones a la generalidad de la ley por razones de índole cultural –como el derecho a la autonomía jurídica reclamado por algunas minorías– deben hacerse depender políticamente de la racionalización discursiva de su intención normativa en un espacio abierto de comunicación política. La fragmentación étnica o religiosa de un sistema jurídico no responde a un esquema de justicia compensatoria o restaurativa –como es el caso de los *acomodos razonables*, que suspenden o adaptan una norma con el fin de obtener un efecto compensatorio– sino que es el resultado contingente de decisiones sobre la configuración interna de la comunidad política y, como todos los arreglos de naturaleza asimétrica, requiere de un grado considerable de consentimiento público. El papel de la deliberación pública no es aquí diferente de otros casos en los que las inmunidades por motivos culturales necesitan legitimarse políticamente, pero desde una concepción dialógica de la democracia la idea del razonamiento



público como forma de mediación normativa proporciona un apoyo adicional. La *razonabilidad* de una demanda puede entenderse en este contexto en su sentido rawlsiano básico, como una predisposición moral a ingresar en un esquema equitativo de cooperación. En términos jurídico-políticos, sin embargo, la razonabilidad significa que todas las normas que aspiren a alcanzar un estatus vinculante en una sociedad liberal deben ser susceptibles de justificación a través del uso público de la razón. Mientras que la razonabilidad implica la idea de una cierta reciprocidad dialógica, la *racionalidad* equivale a adoptar los medios más efectivos para el logro de unos determinados fines. Aunque Rawls distinguió claramente entre ambas nociones, no intentó derivar lo *razonable* de lo *racional*. Presentó ambas ideas como complementarias y conectadas a capacidades morales distintas: la capacidad para tener un sentido de la justicia en el primer caso y para identificar una concepción de lo bueno en el segundo. Este es el motivo por el que cualquier esquema equitativo de cooperación debe basarse necesariamente en ambos principios:

Los agentes meramente razonables no tendrían fines propios que desear promover mediante la cooperación equitativa; los agentes meramente racionales carecerían de sentido de la justicia y serían incapaces de reconocer la propia validez de las demandas de los demás (Rawls, 1993: 52)

Una diferencia adicional entre ambos principios es que la razonabilidad posee una dimensión pública de la que carece lo racional:

Es en virtud de lo razonable por lo que ingresamos como iguales en el mundo público de los demás y estamos dispuestos a proponer o aceptar, según sea el caso, términos equitativos de coope-



ración con ellos. Estos términos, configurados como principios, determinan las razones que debemos compartir y reconocer públicamente entre nosotros como fundamento de nuestras relaciones sociales. En la medida en que somos razonables estamos dispuestos a construir el marco del mundo social público, un marco del que resulta razonable esperar que será aceptado por todos y en el que todos podrán actuar, siempre y cuando podamos confiar en que los demás harán lo mismo (Rawls, 1993: 53)

Según este esquema, la ausencia de reciprocidad convertiría los intentos de cooperar con otros según principios razonables en un acto irracional o auto-sacrificial. La cooperación razonable podría entonces verse suspendida, dejando tan sólo la dimensión estratégica de la acción. Es precisamente la reciprocidad contenida en la idea de la razonabilidad lo que nos da una clave para la evaluación del pluralismo jurídico en el contexto del proceso democrático. De acuerdo con ello, las demandas de excepcionalidad por razones culturales deberían ser puestas a prueba en un espacio abierto de deliberación razonable, es decir, sometidas a un intercambio de argumentos mutuamente comprensibles. Este postulado no demanda un filtro de racionalidad para las propuestas admitidas al foro público. En un espacio público liberal las cosmovisiones tradicionalistas o los argumentos antiliberales no están excluidos *per se* de la discusión pública. Incluso si un conjunto de normas alega tener un origen religioso o consuetudinario, esto no debería ser obstáculo para ingresar en una deliberación sobre la organización jurisdiccional de la comunidad política. Sin embargo, para que tales normas puedan aspirar a convertirse en ley –es decir, en normas ejecutables por la autoridad pública– los argumentos que las sostienen deberán configurarse de manera tal que pueden participar en una argumentación razonable. Tales normas deberán por tanto defen-



derse formalmente *como si* fuesen susceptibles de interpretación y cambio. Por otro lado, los argumentos *prima facie* universalistas deberán enfrentarse a una prueba de legitimidad opuesta, es decir, demostrar que pueden adaptarse a circunstancias sociales cambiantes y aceptar interpelaciones morales emitidas desde entornos culturales diferentes.

El componente deliberativo del proceso democrático no basta ciertamente para asegurar la legitimidad de arreglos políticos tan complejos. Existen sin duda circunstancias históricas y sociales que deben ser tomadas en cuenta en cada caso. Después de todo, los procedimientos legales no son sino una expresión de las prácticas regulativas existentes en una sociedad dada. No son tradiciones que puedan inventarse de la nada o un atributo de determinadas identidades colectivas. La justicia comunitaria practicada por algunos pueblos indígenas o el derecho islámico, con sus elaboradas escuelas jurisprudenciales, están profundamente enraizados en su entorno social y cuentan con unas credenciales históricas y políticas reconocibles. Sólo cuando sus normas son trasplantadas o aplicadas en circunstancias distintas de las originales pierden su aura de autoridad y se ven necesitadas de una justificación contextual.

Conclusiones

Las difusión transcultural es un fenómeno histórico generalizado del cual el derecho no se ha visto excluido. Numerosos cambios en los sistemas jurídicos tienen lugar precisamente como resultado de préstamos de otros entornos normativos, pero como en todo proceso de traducción, los significados originales se pierden a menudo en el proceso. Una cuestión distinta es la hegemonía social bajo la que se desarrollan las transferencias



normativas. Como hemos visto, los procesos de interlegalidad no necesariamente funcionan de manera unidireccional. Existen ejemplos de sistemas jurídicos estatales que tratan de *leer* el derecho indígena y de grupos tradicionalistas que intentan adoptar ideales igualitarios, pero en cualquier caso las normas implicadas en los diseños pluralistas no son generalizables, ya que están ligadas a un status minoritario. Con el fin de ganar plausibilidad política y de combatir posibles prejuicios, su intención normativa debería tener la oportunidad de ser explicada y sometida al escrutinio y la opinión pública. Este es un postulado a la vez normativo y cognitivo: el debate político sobre el acomodo del pluralismo jurídico necesita tratar públicamente con los contenidos morales insertos en los relatos identitarios o *nomóticos* de los grupos que reclaman tales diseños. Por otro lado, la interpretación de las normas jurídicas no debería restringirse a una única perspectiva cultural.

Ambas perspectivas son complementarias, ya que una concepción intercultural de la hermenéutica jurídica podría iluminar la discusión pública sobre las demandas de las minorías. La deliberación razonable funcionaría aquí como vínculo entre las esferas jurídica y política. Ambas esferas presuponen una evaluación dialógica de los principios normativos que guían nuestras relaciones colectivas. El tipo de argumentación practicado por la hermenéutica jurídica es ciertamente distinto del discurso usado en la comunicación política, pero no se encuentra completamente desvinculado del mismo. La argumentación jurídica necesita someterse a la evaluación por pares y tener en cuenta a la opinión pública como prueba última de su razonabilidad. Después de todo, la doctrina del *orden público* usada en el derecho privado internacional remite a los valores sociales que subyacen al sistema jurídico y cohesionan a una determinada sociedad. Ante un conflicto de leyes, el juez debe evaluar la coherencia de



las normas foráneas con los principios del derecho nacional, una tarea que no puede llevarse a cabo sin un cierto grado de interpretación cultural y de autorización social. La combinación de la deliberación pública y una hermenéutica jurídica culturalmente sensible ofrecen un espacio para que incluso los grupos más tradicionalistas tengan la posibilidad de defender, traducir o adaptar el significado de sus bienes morales más preciados a entornos culturales y sociales distintos de los originarios, evitando caer en interpretaciones esencialistas de su propia tradición. El resultado final de ese proceso y el grado de consenso que pueda generar son, sin embargo, una cuestión abierta y necesariamente sometida a las contingencias de la vida política.

Bibliografía

- AJZENSTAT, J. (1999). *Canada's founding debates*. Toronto, Stoddart.
- AMSTUTZ, M. (2005). In-Between Worlds: *Marleasing* and the emergence of interlegality in legal reasoning, *European Law Journal*, 11 (6), pp. 766-784.
- ARBELÁEZ DE TOBÓN, L. (2004). *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. República de Colombia. Rama judicial del poder público. Consejo Superior de la Judicatura.
- BAKHT, N. (2007). Religious arbitration in Canada: protecting women by protecting them from religion, en *Canadian Journal of Women and the Law*, 19 (1), pp. 119-144.
- BELLAH, R. (1967). Civil religion in America, en *Daedalus*, 96 (1) pp. 1-21.
- BEUCHOT, M. (2005). *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*. México, UNAM-Editorial Itaca.



- BOYD, M. (2004). Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion. Executive Summary <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/executivesummary.pdf>
- BORROWS, J. (2006). Indigenous Legal Traditions in Canada. Report for the Law Commission of Canada. Law Foundation Chair in Aboriginal Justice and Governance Faculty of Law, University of Victoria.
- COLOM GONZÁLEZ, F. (2013). Intercultural Justice. Cutting across the Cultural Boundaries of Legal Norms, en J.-C. Merle et al. (eds.) *Spheres of Global Justice (Vol. 1): Global Challenges to Liberal Democracy. Political Participation, Minorities and Migrations*. Dordrecht, Springer, pp. 217-226.
- COMBALÍA SOLÍS, Z. (2002). Reconocimiento de la dote islámica en Occidente: un estudio de la jurisprudencia estadounidense, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 10-11, pp. 41-60.
- (2008). Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, No. 17, 2008, pp. 239-263.
- COVER, R. M. (1983). Nomos and Narrative, en *Harvard Law Review*, Vol. 97, No. 1: 1-68.
- DAHLBERG, L. (2005). The Habermasian Public Sphere: Taking Difference Seriously?, *Theory and Society* 34 (2), pp. 111-136.
- DUPRET, B. - Berger, M. - Al-Zwaini, L. (1999). *Legal pluralism in the Arab World*. The Hage, Kluwer.
- EHRLICH, E. (1913). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, Duncker & Humblot.
- (1986). *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften* (ed. por Manfred Rehbinder). Berlin, Dun-



- cker & Humblot (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung; Bd. 61).
- FALK MOORE, S. (1978). *Law as Process: an Anthropological Approach*. London, Routledge & Kegan.
- FOURNIER, P. (2001). The Erasure of Islamic difference in Canadian and American family law adjudication, *Journal of Law and Policy*, 51, pp. 51-95.
- (2010). *Muslim marriage in western courts. Lost in transplantation*. Farnham - Burlington, Ashgate.
- FOBLETS, M. C. (2003). Muslim Family Laws before the Courts in Europe. A Conditional Recognition, en B. Marechal (ed.) *Muslims in the Enlarged Europe: Religion and Society*. Leiden, Brill, pp. 255-283.
- FULLER, L. (1964). *The Morality of Law*. New Haven – London, Yale University Press.
- GAUDREAU-DESBIEENS, J-F. (2006). Constitutional values, faith-based arbitration, and the limits of private justice in a multicultural society, *National Journal of Constitutional Law*, 19 (1), pp. 155-191.
- GAVIRIA DÍAZ, C. (2002). *Sentencias: herejías constitucionales*. Colombia, Fondo de Cultura Económica.
- GRIFFITHS, J. (1986). What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, No. 24, pp. 1-55.
- GÜNTHER, K. (2008). “Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory”, *No Foundations. An Interdisciplinary Journal of Law and Justice* 5, pp. 5-21 <<http://www.helsinki.fi/nof/NoFo5Gunther.html>>
- HABERMAS, J. (1982). *Historia y crítica de la opinión pública*. Barcelona, Gustavo Gili.
- HART, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press.



- HILLER, H. H. (2000). Civil religion and the problem of national unity. The 1995 Quebec referendum crisis, en D. Lyon – M. Van Die (eds.) *Rethinking church, state and modernity. Canada between Europe and America*. Toronto, University of Toronto Press, pp. 166-185.
- HIRSCHMAN, Ch. (2008). The role of religion in the origin and adaptation of immigrant groups in the United States, en A. Portes A. & R. Schwatz (eds.) *Rethinking Migration. New theoretical and empirical perspectives*. New York, Berghahn, pp. 391-418.
- HOEKEMA, A. (2005). European legal encounters between minority and majority culture: cases of interlegality, en *Journal of Legal Pluralism*, No. 51, pp. 1-28.
- KELSEN, H. (2005). *Pure theory of Law*. Clark, N.J., The Lawbook Exchange.
- KYMLICKA, W. (1989). *Liberalism, Community and Culture*. Oxford-New York, Clarendon Press / Oxford University Press.
- (1995). *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- LORD PHILIPS (3 de Julio, 2008). Equality before the Law. Discurso de Lord Philips, Lord Chief Justice. East London Muslim Centre.
- LYON, D. – Van Die, M. (eds.) (2000). *Rethinking church, state and modernity. Canada between Europe and America*. Toronto, University of Toronto Press.
- MARX FERREE, M. et al. (2002). “Four Models of the Public Sphere in Modern Democracies.” *Theory and Society* 31 (3), pp. 289-324.
- MILL, J. S. (1861). *Considerations on Representative Government*. London, Parker & Bourn.



- NELKEN, D. (2009). "Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law?," en M. Herthog (ed.) *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford – Portland, Hart Publishing, pp. 237-272.
- NIELSEN, M.O. (1999). Navajo nation courts, peacemaking and restorative justice issues, *Journal of Legal Pluralism*, 44, pp. 105-126.
- ONE LAW FOR ALL. (2010). Sharia law in Great Britain: A threat to one law for all and equal rights <<http://www.onelawforall.org.uk/wp-content/uploads/New-Report-Sharia-Law-in-Britain.pdf>>
- PAL, M.S. (2006). *Faith based arbitration in Canada and beyond*. Kwantlen College, Richmond, BC, The Institute for Transborder Studies.
- PENGELLEY, N. (2005). Faith based arbitration in Ontario, en *Vindobona Journal of International Commerical Law & Arbitration*, 6, pp. 111-122.
- POSPISIL, L. (1972). *Anthropology of Law: a Comparative Theory*. New Haven, Harper & Row.
- QAISI, G.G. (2000-2001). Religious marriage contracts: Judicial enforcement of *Mahr* agreements in American courts, *Journal of Law and Religion*, 15, (1/2), pp. 67-81.
- RAHNEMA, S. (2006). The perils of faith-based multiculturalism, *Canadian Dimension*, 40 (1), pp. 21-23.
- RAMADAN, T. (2005, Marzo 31). ¿Cómo aplicar la charia? *La Vanguardia*.
- RAWLS, J. (1993). *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press.
- RIGHTS & DEMOCRACY (2005). Behind closed doors. How faith-based arbitration shuts out women's rights in Canada and Abroad. http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/women/arbrfaith.pdf



- ROBLES MORCHÓN, G. (1977). “La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 19: 183-197.
- RUBBOLI, M. (2006). National identity and religion in the United States and Canada. Ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación Española de Estudios Canadienses: Identidades en Evolución. Migraciones e Identidades Culturales en el Siglo XXI. Universidad Autónoma de Madrid.
- SHACHAR, A. (2001). *Multicultural jurisdictions. Cultural differences and Women’s Rights*. Cambridge, Cambridge University Press.
- SHAH, P. (2005). “Globalisation and the Challenge of Asian Legal Transplants in Europe”, *Singapore Journal of Legal Studies* (Dec.), pp. 348-361.
- SOUSA SANTOS, B. (2002). *Toward a New Legal Common Sense* (2nd ed.). London, Butterworths.
- (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid, Trotta – Bogotá, ILSA.
- THE ARCHBISHOP OF CANTERBURY (7 de febrero, 2008). Civil and Religious Law in England. A religious Perspective, <<http://www.archbishopofcanterbury.org/1575>>
- UK PARLIAMENT (24 November 2008). Written answers and statements. Jack Straw (Lord Chancellor, Ministry of Justice. Blackburn, Labour).
- VON BENDA-BECKMANN, F. y K (2006). The Dynamics of Change and Continuity in Plural Legal Orders, *The Journal of Legal Pluralism*, 53-54, pp. 1-44
- WALDRON, J. (2008). “The Concept and the Rule of Law”, *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, Working Paper 08-50. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005



- WALTER, N. (2012). "Religious Arbitration in the United States and Canada", *Santa Clara Law Review* 52 (2), pp. 502-569.
- WALZER, M. (1983). *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*. New York, Basic Books.
- WATSON, A. (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh, Scottish Academic Press.
- WEBBER, J. (2009). Naturalism and Agency in the Living Law, en M. Herthog (ed.) *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. Portland, Hart Publishing, pp. 201-221.
- WOLFE, C.L. (2006). Faith-based arbitration: friend or foe? An evaluation of religious arbitration systems and their interaction with secular courts, *Fordham Law Review*, 75 (1), pp. 427-469.
- WOLKMER, C. A. (2006). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Sevilla, Mad.



La figura de la víctima: límite de la acción afirmativa

Cristina Palomar Vereza

Universidad de Guadalajara

Las acciones afirmativas son medidas que suelen producir en la opinión pública dos fuertes reacciones contrapuestas: son muy bien recibidas por el sector al que se busca beneficiar, y son mal recibidas por quienes están en contra del carácter populista que tienen estas medidas de trato preferencial y compensatorio. Por otro lado, quienes las promueven como formas de combatir la discriminación, asumen la postura de que son *buenas en sí mismas* y, por lo tanto, que hay que convencer a la opinión pública de que se trata de políticas de la igualdad que convienen a todos. Sin embargo, la Red de Investigación sobre la Discriminación (RINDIS), está compuesta por académicos y no por diseñadores o promotores de política pública y, en tanto espacio de trabajo académico, sus objetivos están más vinculados con la necesidad de despejar conceptos y procurar definiciones técnicas más allá de la ambigüedad, así como con justificar principios normativos (tanto políticos como jurídicos) y orientaciones discursivas relevantes para los argumentos y estrategias civiles e institucionales en este terreno, que con el proselitismo político.

Si bien el pensamiento académico es útil para alimentar conceptualmente las propuestas y estrategias democráticas, tiene antes y sobre todo el compromiso de ser un pensamiento crítico.



En este sentido, no solamente hay que aportar argumentos para promover a la acción afirmativa como una medida en sí misma positiva, sino que se tiene también la obligación de reflexionar acerca de sus implicaciones y hasta de los posibles efectos imprevistos que puedan generarse y que, peor aún, puedan revertirse sobre la misma población que se busca compensar o proteger de la discriminación.

Entendemos a la acción afirmativa como un mecanismo congruente con el paradigma de la modernidad, el cual sostiene la ilusión de lo unitario, lo sólido y lo durable, y que dibuja un escenario propio de las identidades igualmente sólidas, como reflejo del Yo moderno; desde ese paradigma, la discriminación es una reacción lógica e igualmente moderna: se discrimina a todos aquellos *que sean* tal o tal cosa, de manera esencial, sólida y compacta: negros, mujeres, pobres, gays. La acción afirmativa se basa en la idea de que esas identidades están en desventaja frente al ideal moderno de la igualdad de derechos y tiene como objetivo no solamente corregir esa desventaja, sino reparar los daños producidos por la desigualdad y resarcir a las víctimas de la discriminación. De esta manera, no se busca replantear la manera de entender la diferencia que funda la discriminación, sino que esta es reforzada con la acción afirmativa al proveerla de mecanismos especialmente diseñados para los grupos *diferentes*. Viva la diferencia, que así se refuerzan las identidades.

Sin embargo, todo lo sólido se ha desvanecido con los vientos de la modernidad tardía. Las identidades se tornan líquidas, móviles y maleables. La diferencia da paso a una diversidad tan atomizada como el individualismo contemporáneo. ¿Cómo pensar en este contexto a la acción afirmativa?



Las acciones afirmativas para las mujeres

La reflexión que nos proponemos para este trabajo es la que resulta de una mirada crítica acerca del objeto que nos hemos propuesto pensar, la acción afirmativa, en relación con un sector social específico: las mujeres.

En 1977, la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles definió por primera vez la acción afirmativa como *cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada, o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro* (Citada por Ziliana, 2011: 73).

El nacimiento de estas medidas es claramente un producto de la tradición democrática norteamericana. Su origen se remonta a dos importantes leyes surgidas en ese contexto: la de los Derechos Civiles del 1964 y la de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, de 1972. Ambas representaban respuestas a las demandas del movimiento de lucha por el pleno reconocimiento de los derechos civiles de los negros, iniciadas en 1954 y que se comenzaban a ampliar para poder abarcar otras minorías sociales. En 1968 se formalizó en Estados Unidos el Decreto de Ley que prohibía la concesión de contratos federales a empresarios que ejercen cualquier tipo de discriminación respecto a la mujer, y establecía líneas concretas para asegurar la representatividad de las minorías en todos los puestos de trabajo y en todas las categorías de la organización y de carrera. Dicho decreto se consideraba una acción afirmativa y estaba basado en la convicción de que, lejos de comprometer el principio de igualdad, esta medida era parte esencial del programa para llevar a cabo dicho principio (VII Encuentro, *op. cit.*).

En la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* –documento aprobado en 1979



por la Asamblea General de las Naciones Unidas–, se define en su artículo cuarto lo que se entiende por este concepto, adelantándose a una de las objeciones más usuales que se plantean a éste: “la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer, nunca puede considerarse un acto discriminatorio respecto al hombre” (ONU, 1979).

En la década de los ochenta, llegó a Europa el debate en torno a las medidas afirmativas y algunos países empezaron a incorporarlas en sus políticas públicas. Es así como el gobierno de Noruega, en su documento *Equal status between men and women* (1983), explica que la igualdad en el estatus social entre el hombre y la mujer no se logrará solamente con la prohibición de los tratos discriminatorios, sino que se vuelven necesarias medidas para corregir la diferencia existente que den ventajas en determinados campos a las mujeres (Ministerio Noruego de Asuntos Exteriores, 1983, citado en VII Encuentro Nacional, *op. cit.*), con lo que incorpora a las acciones afirmativas como tales medidas.

Algunos años después, el *Comité para la igualdad del hombre y la mujer* del Consejo de Europa,¹ define la acción afirmativa como:

una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades a través de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales. Se trata de medidas que van más allá del control de la aplicación de las leyes de igualdad, puesto que su finalidad es poner en marcha programas concretos para proporcionar a las mujeres ventajas concretas. (Osborne, 1995: 301)

¹ Este Comité se disolvió posteriormente para dar paso al programa transversal de igualdad de género. Ver: http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/consejoeu/consejoeuropa_2.htm



Si bien la acción afirmativa ha sido relacionada con frecuencia con el campo laboral –en tanto que en los primeros años de aplicación de estas medidas se consideraba el ámbito que más urgentemente requería la atención de la discriminación femenina–, esta estrategia ha probado su eficacia igualmente en otros campos, tales como la formación profesional, la salud, la información y la participación política (VII Encuentro, *op. cit.*).

En diversos países se han aplicado acciones afirmativas en distintas direcciones para este sector poblacional; entre ellas podemos mencionar como muestras de las más formalizadas, las siguientes: las iniciativas educativas para incorporar a las mujeres a las nuevas tecnologías, en Gran Bretaña (Mardell, 1998); las aplicadas en la empresa PTT en Holanda (Eikelboom, 1998), o las realizadas en el sector privado y público en Bélgica (Winter, 1998); en otros países, las acciones afirmativas han implicado la generación de un movimiento social para obtenerlas, como en Italia, en donde tuvo lugar la campaña “Vota mujer” de la Comisión Nacional para invitar y convencer a la ciudadanía a elegir como candidata a una mujer de las incluidas en las listas de los partidos políticos. Otro ejemplo es el de las mujeres españolas que crearon un movimiento que presentó la iniciativa llamada “Iniciativa Legislativa Popular” (VII Encuentro Nacional Feminista, 1993).

En América Latina, la principal medida afirmativa formal que se ha promovido para avanzar en la equidad de género, es el sistema de cuotas que, desde los años noventa, la mayoría de los países han adoptado para promover la participación política de las mujeres (ELLA, s/f). No obstante, tanto en esta región como en otras, han surgido en los últimos años otras acciones afirmativas para las mujeres sobre todo en relación con el tema de la seguridad y de la violencia, desde autobuses o carros de metro especiales, hasta silbatos “contra el acoso” o leyes e instan-



cias legales para su protección, sin que estas agoten las distintas medidas especiales para las mujeres que han surgido en relación con lo que se considera necesidades especiales derivadas de la condición femenina.

En México, el *Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018*, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF, 2013) establece que:

todas las dependencias de la Administración Pública Federal deben incluir en sus programas la perspectiva de género y eso significa identificar las brechas de desigualdad entre mujeres y hombres, los tipos de violencia y de discriminación que viven las mujeres y las niñas en las esferas familiar, escolar, laboral, comunitaria, social y política; e identificar los obstáculos para el avance de las mujeres, las prácticas excluyentes y discriminatorias, violentas, sexistas e irrespetuosas. Implica también realizar acciones afirmativas a favor de mujeres y niñas que ayuden a eliminar las desigualdades, con particular atención en las mujeres indígenas, en las mujeres adolescentes y jóvenes, en las adultas mayores, en las niñas y las mujeres discapacitadas, en las migrantes, en las mujeres en condición de pobreza, en las jefas de familia; sin olvidar a las que son afectadas por el cambio climático y los desastres naturales y las reclusas, entre otras, grupos de mujeres que deben tomarse en cuenta cuando se elaboren los programas sectoriales, institucionales, especiales y regionales. (DOF: 30/08/2013)

Para reflexionar críticamente en torno a las acciones afirmativas en este trabajo, pondremos el foco en uno de los aspectos que más se ha desarrollado en el contexto actual: el tema de la violencia contra las mujeres. En nuestro país, este grave tema ha sido planteado como un aspecto del más amplio fenómeno de



la discriminación de este sector de la población. Intentaremos poner en relación algunas de las medidas afirmativas con las que se ha pretendido hacer frente a este fenómeno discriminatorio, con la cada vez mayor importancia que la figura de la víctima ha adquirido en nuestros días. Particularmente haremos referencia, como parte de dichas medidas, a la Ley aprobada en nuestro país en el 2007 llamada *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, 2007).²

La violencia contra las mujeres y las medidas para combatirla

Las muertes violentas de mujeres vinculadas con el género suceden en todas las sociedades del mundo, a veces como resultado de prácticas culturales naturalizadas y también como resultado de diversas situaciones de conflicto. Entre algunas causas de dichas muertes se cuentan los crímenes cometidos por causa de la violencia en la pareja³ y los cometidos en contextos de conflictos armados, pero también están los asesinatos en el nombre del “honor” o en conexión con acusaciones de brujería, por mencionar algunas causas vinculadas con valores culturales. Se reconocen también otras formas indirectas de crímenes de mujeres relacionados con el género, tales como las muertes debidas a abortos mal practicados y/o clandestinos; las muertes derivadas de prácticas dañinas para la salud, como la ablación geni-

² En el 2015, el presidente Peña Nieto publicó un decreto por el que se adicionan diversas disposiciones a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_171215.pdf

³ Según estimaciones mundiales recientes, el 35% de las mujeres de todo el mundo ha sido víctima de violencia física o sexual por parte de su pareja o de violencia sexual por parte de personas distintas de su pareja a lo largo de su vida (ONU-Mujeres, 2015).



tal⁴ o las cirugías y otros procedimientos estéticos; las muertes vinculadas con el tráfico humano,⁵ con el narcotráfico, con el crimen organizado y con las actividades de pandillas, así como por actos deliberados de omisión por parte de los Estados. En muchos casos se entiende el asesinato como el último eslabón de una larga cadena de violencia contra las mujeres y las niñas (ONU-Mujeres, 2015).

En la revisión de los documentos internacionales que buscan sentar marcos normativos para erradicar la violencia contra las mujeres, hemos logrado establecer que el discurso global en torno a este fenómeno está marcado, en lo general, por los siguientes rasgos: su consideración como grave pandemia; la falta de datos claros, útiles y confiables para medir con precisión el problema; y las discusiones en torno a los términos con los cuales hay que referirse a este. Estos rasgos determinan la naturaleza de la narrativa social que se produce en torno al tema de la violencia contra las mujeres en el mundo y, por lo tanto, obliga a preguntarse si dicha narrativa habla estrictamente de este fenómeno o de qué más habla.⁶

Un hito en el proceso de la actual manera de hablar de la violencia contra las mujeres fue a finales de los setenta y princi-

⁴ De acuerdo con el UNICEF (citado en ONU-Mujeres, 2015:23), en 2013 más de 125 millones de niñas y mujeres de 29 países de África y del Oriente Medio habían sufrido alguna forma de mutilación/ablación genital femenina, mientras que otros 30 millones de niñas corrían el riesgo de sufrir ablación genital en el próximo decenio.

⁵ El Informe Mundial sobre la Trata de Personas realizado con datos obtenidos entre 2007 y 2010, señala que las mujeres representan entre el 55% y el 60% de todas las víctimas de trata detectadas a nivel mundial y, sumadas a las niñas, representan alrededor del 75%. Además, la trata de niños sigue siendo un problema grave, ya que el 27% de todas las víctimas de la trata son niños y, de cada tres niños víctimas de la trata, dos son niñas (ONU-Mujeres, 2015:22-23).

⁶ Si bien, como señala Maza (2002), el posmodernismo plantea que todos los relatos, la historia y el periodismo incluidos, son “ficciones” en el sentido de narrativas construidas y modeladas por sus autores, no es esta la perspectiva que tiene este trabajo.



prios de los ochenta, cuando las feministas radicales norteamericanas afirmaron que dicho fenómeno debía entenderse como un crimen sexual. Esta idea tuvo su gran momento cuando aparecieron algunas obras (Brownmiller, 1975; MacKinnon, 1979; Dworkin, 1981) que hablaban de la opresión sexual de las mujeres y analizaban la violación, el acoso sexual y la pornografía como corolarios de un mismo fenómeno: la discriminación de las mujeres. Se hablaba de expresiones que formaban parte de un *continuum* de violencia sexual sistemática hacia las mujeres, que tenía en un extremo el menosprecio y en el otro, el asesinato. Se partía de la consideración de las mujeres como clase oprimida y de la sexualidad como la base de dicha opresión; también se asumía que la supremacía masculina se basaba en el poder de los hombres para tratar a las mujeres como objetos sexuales, localizada en los orígenes de la especie con la violación. Sobre esta base, se establecía una conclusión contundente: los hombres son el enemigo de las mujeres contra el que hay que luchar para lograr un mundo mejor, y en esa lucha es fundamental modificar las leyes y recurrir a los tribunales (Badinter, 2004).

A partir de lo anterior, se desató en Estados Unidos un fuerte ánimo de censura que restringía la libertad sexual y que convocaba a la guerra entre los sexos, muy coherente con la ética puritana propia de la cultura norteamericana hegemónica; y, aunque muchas feministas liberales (como Betty Friedan, Kate Millet o Adrienne Rich) protestaron, los planteamientos restrictivos fueron afirmándose en muchos campos de la vida social hasta desembocar en acciones tales como nuevas y detalladas formas de definir fenómenos de violencia, la aparición de nuevos delitos, entre los cuales el más importante fue probablemente el acoso sexual, configurado a partir del viejo concepto de abuso de autoridad. En 2002, el Parlamento Europeo promulgó una ley que definía de esta manera el nuevo delito: “un comportamiento no



deseado, verbal, no verbal o físico, con connotación sexual, que intenta atacar la dignidad de una persona, creando una situación intimidatoria, hostil, degradante, humillante u ofensiva”. Posteriormente, aparecieron otros delitos, tales como el “acoso moral”, el “traumatismo interior”, el “sufrimiento psicológico” o la “violencia moral y psicológica”, que implicaban nuevos castigos y nuevas leyes, y una nueva preocupación que trascendía las fronteras por reglamentar, prevenir, castigar y controlar la violencia contra las mujeres, fenómeno que, al tornarse tan ampliamente abarcador, tomó muy rápido proporciones apocalípticas.⁷

Muchas feministas objetaron que la vaguedad de los términos utilizados, la imposibilidad de distinguir la frontera entre lo objetivo y lo subjetivo y lo real y lo imaginario, así como la dificultad para medir el impacto de los nuevos delitos, harían que cualquiera pudiera ser fácilmente imputado de acoso y que, admitir este nuevo código de delitos tan imprecisos, abriría la puerta a cualquier interpretación y, por lo mismo, a una serie enorme de arbitrariedades.

Badinter (*op.cit.*) hace referencia a otro efecto derivado de la nueva manera de hablar de la violencia contra las mujeres, para lo cual narra cómo, en 1985, la conocida revista norteamericana *Ms. Magazine* publicó una encuesta realizada por Mary Koss –feminista ortodoxa–, cuyos resultados mostraban que una estudiante de cada cuatro era víctima de una violación o de un intento. Aunque luego se comprobó que, entre estas víctimas, sólo una cuarta parte de ellas llamaban “violación” a lo que les había pasado, que las preguntas eran demasiado ambiguas y que

⁷ En nuestros días, Amnistía Internacional en España utiliza la metáfora de un “iceberg” para la violencia de género, el cual está dividido en la parte visible y la invisible. En la base de lo invisible está lo llamado “micromachismo” y en la punta más visible, el asesinato. En medio, quedan fenómenos tales como la humillación, el humar o la publicidad machista, la anulación, la amenaza, el insulto o el abuso (AI España, 2016).



la interpretación de las respuestas fue tergiversada, los resultados impactaron fuertemente en el mundo universitario y se convirtieron en la estadística oficial citada más citada. Pero no sólo eso: quienes se atrevieron a cuestionar la validez de los datos fueron denunciados y acusados “como traidores a sueldo del patriarcado”, por lo que fueron objetos de boicots y de agresiones, lo cual condujo a Badinter a concluir que el objetivo de las estadísticas que se obtenían con dichas encuestas, era más político que científico ya que promovía poderosamente la idea de una cultura americana sexista y misógina, y de un macho americano particularmente violento. También en Francia, dice esta autora, se dio esta manipulación de estadísticas que, supuestamente, informan sobre la situación de las mujeres pero que, al confundir hechos de índoles distintas, en poblaciones diversas y haciendo extrapolaciones inadecuadas, parecen cargadas con fines igualmente políticos.

En el 2014, la Unión Europea publicó los resultados de una exhaustiva encuesta sobre violencia de género aplicada en su territorio, pero diseñada en Estados Unidos. Las conclusiones sorprendieron a muchos, pues entre otras cosas se señalaba lo siguiente:

- El 33% de las mujeres han sido víctimas de violencia física y/o sexual desde los 15 años, mientras que el 5% han sido violadas desde los 15 años.
- El 55% de las mujeres han sufrido acoso sexual en algún modo (besos, abrazos o tocamientos indeseados) desde la edad de 15 años.
- El 75% de las mujeres en puestos de alta dirección o con alta cualificación han experimentado acoso sexual en algún momento de su vida.



- El 11% de las mujeres han sido objeto de insinuaciones inapropiadas en las redes sociales o de mensajes electrónicos o de móvil (sms) sexualmente explícitos.
- El 67% no comunicaron el incidente más grave de violencia por parte de una pareja a la policía u otra organización. (European Union Agency for Fundamental Rights, 2014)

Además, según este informe, los países europeos con mayor porcentaje de mujeres víctimas de violencia son los nórdicos: Dinamarca (52%), Finlandia (47%) y Suecia (46%), mientras que Hungría (21%), Austria (20%) y Polonia (19%) son los que muestran porcentajes más bajos. España, con un 22%, resultó muy por debajo de la media.

Estos resultados ocasionaron fuertes reacciones entre algunos ciudadanos europeos; algunos dudaron de la veracidad de las cifras y otros cuestionaron qué es lo que realmente se consideró como violencia, además de preguntarse si la perspectiva de la encuesta encajaba con el contexto europeo. También se señaló que los resultados podían tener que ver con otros factores indirectos y no estrictamente con la incidencia de hechos violentos; entre esos factores se mencionaron, por ejemplo, que en los países nórdicos hay una mayor expectativa de equidad de género y que, por lo mismo, hay una mayor sensibilidad frente a la violencia de género, y más tradición en denunciarla, lo cual puede conducir a un registro sesgado de los datos.⁸

Aunque es innegable la existencia de la violencia contra las mujeres como fenómeno global, la forma de hablar de esta, los relatos y las imágenes producidas por distintas vías en torno al fenómeno parecen tener incluida en su formulación conceptual la marca cultural de sus orígenes norteamericanos, la cual tam-

⁸ <https://es.globalvoices.org/2014/03/07/la-union-europea-publica-una-exhaustiva-encuesta-sobre-violencia-de-genero/>



bién ha marcado a los discursos producidos en organismos globales, tales como el propio de las Naciones Unidas. Sin embargo, esos mismos elementos se tejen en las narrativas culturales locales que, al hablar de lo que ocurre en su contexto, incorporan elementos propios y dan un carácter específico a los relatos sobre la violencia contra las mujeres.

En México, la narrativa cultural producida en torno a la violencia contra las mujeres parece incorporar elementos conectados con los vaivenes de la vida política, con la crisis de sentido del modelo de convivencia contemporáneo y con la fragilidad de las instituciones nacionales. Todos estos hilos tejen una narrativa compleja que desborda el fenómeno de la violencia contra las mujeres, que permite poner en palabras diferentes temas angustiosos presentes en la vida social y que revela que dicha narrativa está atravesada por las relaciones de género.

En este contexto, y a pesar de las ambigüedades implicadas en su definición conceptual –o precisamente por ello–, el género se ha mostrado útil para participar en el trazo de fronteras identitarias y morales entre los diferentes actores sociales, y para asegurar su posición respecto a dichos temas en un contexto marcado por la pérdida de sentido de los desgastados referentes simbólicos de la vida social. Es así como podemos ver que los relatos e imágenes condensados en la narrativa sobre la violencia contra las mujeres en México, en muchos puntos divergentes y producidos por distintas vías y mecanismos, llevan entretejidas distintas problemáticas sociales generadas a partir de los diversos intereses que, aunque trascienden el género, son anudados en torno a este, aprovechando el gran potencial que ofrece para facilitar a los actores intervenir en el juego político de las identidades.



Una medida especial que llegó para quedarse

En este contexto, la *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, 2007), aprobada en el 2007 por el poder Legislativo en México, es una pieza importante para analizar la narrativa de la violencia contra las mujeres en nuestro medio. Evidentemente, esta ley no fue fruto del gobierno que la aprobó, sino el resultado local de un proceso largo de impacto global de ciertos sectores del movimiento feminista internacional y de un largo camino de acciones realizadas anteriormente por las feministas mexicanas.⁹

Como sabemos, la publicación en México de la *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* en 2007 provocó también una fuerte reacción y numerosas críticas en la opinión pública general. Algunos especialistas en Derecho señalaron diversos errores técnicos en su diseño, así como el riesgo de que no tendría ningún futuro en la práctica real de la justicia debido a sus debilidades y ambigüedades. También en las filas del feminismo mexicano se llegó a reconocer que la ley tenía muchas inconsistencias e incongruencias, aunque se le reconocía un importante valor en tanto que era una manera de enviar un contundente mensaje a la sociedad acerca de lo inaceptable que resulta la violencia contra las mujeres. Se consideraba indispensable en tanto acción afirmativa largamente pospuesta: se tomó tanto como una medida temporal que buscaba el tratamiento igualitario de las mujeres en las leyes mexicanas a media-

⁹ El movimiento feminista ha sido muy importante desde en la formulación de la demanda y el proyecto social presentado a la Cámara de Diputados, en la formulación de la iniciativa legal, la tramitación y sus vicisitudes, hasta la aprobación, en 1990, de las reformas a los códigos penal y de procedimiento penal para el Distrito Federal y para toda la república en materia de fuero federal, en relación con la violencia sexual, la violación y delitos conexos (de Barbieri, 1990).



no plazo, como un instrumento legal preferencial. Esto último generó preguntas en torno a un Estado de Derecho que, en lugar de ser capaz de garantizar la igualdad de derechos sin restricciones que establece la Constitución, tiene que recurrir a medidas especiales y discriminatorias.¹⁰

La ley aprobada mostró pronto que tenía implicados diversos problemas serios en su formulación, entre los cuales resaltaremos dos por considerarlos los más importantes: por una parte, el texto legal mostraba la misma imprecisión en la concepción de lo que debe entenderse por violencia que se ha señalado en la manera de referirse a este fenómeno en otros contextos. En dicho texto, aunque parecen distinguirse los “tipos de violencia” (psicológica, física, patrimonial, económica y sexual), de las “modalidades de violencia” (familiar, laboral, docente, hostigamiento sexual, acoso sexual, en la comunidad, institucional y feminicida), no se discriminan ni se categorizan los criterios de inclusión y exclusión de los fenómenos que son considerados como parte de la violencia. Estos últimos abarcan tanto la negligencia, el abandono o el descuido reiterado, las conductas misóginas, el homicidio y otras formas de muerte violenta de las mujeres, como la percepción de un salario menor por igual trabajo en un mismo centro laboral, el hostigamiento sexual a través de conductas verbales relacionadas con la sexualidad y “de connotación lasciva”. Todas estas acciones aparecen dentro del mismo gran saco de “la violencia contra las mujeres”, definida en lo general como “Cualquier acción u omisión, basada en el género, que le cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico sexual o la muerte, tanto en el ámbito privado como en el público” (Congreso de la Unión, 2007: cap. I., art. 5, V).

¹⁰ Por otra parte, que una medida afirmativa se convierta en ley problematiza la definición de dicha medida como un mecanismo temporal.



Una definición tan general como ésta explica que se haya llegado a afirmar que hasta el 95% de mujeres han sido víctimas de dicha violencia: es difícil imaginar a alguien que no haya estado, por lo menos en alguna ocasión, en alguna de las situaciones que se incluyen en la definición, pero eso no hace que todas sean “violentas”¹¹ ni que se deba a que son mujeres, aunque sean ellas quienes la hayan padecido. Se hizo obvia la necesidad de precisar los criterios que configuran el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres, así como ampliar la discusión acerca de las formas de combatirlo. Habría que ponderar si la única manera de hacerlo es con acciones afirmativas, con la creación de leyes e instituciones que vigilen su cumplimiento, ya que estos mecanismos podrían tener algunos efectos perversos. Uno de los más importantes entre estos últimos es el que se deriva de la propia definición de “víctima” en el Artículo 5 del Capítulo 1, de la *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Dicha definición dice, a la letra: “víctima es la mujer de cualquier edad a la que se le inflige cualquier tipo de violencia” (Congreso de la Unión, 2007: Art. 5, cap. 1). Como se puede ver, esta definición establece una clara equivalencia entre mujer y víctima, lo cual produce un efecto de sentido bastante serio, ya que sustancializa la figura de la víctima en las mujeres y, por lo tanto, implica una generalización del victimismo y la automática culpabilidad masculina.

Es fundamental revisar la concepción de la mencionada Ley, cuáles son los objetivos que empujan a tal equivalencia y, finalmente, cuáles pueden ser los efectos de esta, además de considerar si la misma existencia de tal ley no abona a la reproducción

¹¹ Peris Vidal (2013) ha discutido ya que la confusión generada por el uso de términos con significados muy distintos para referirse a la violencia de género, tiene el efecto de despolitizar el fenómeno y de ocultar su verdadero carácter estructural. Añadiremos que otro efecto es hacer cada vez más elusiva la comprensión de la violencia contra las mujeres.



de un imaginario adverso al objetivo perseguido. Nos referimos al imaginario que presenta a las mujeres como débiles e impotentes, como incapacitadas para reaccionar frente a quienes buscan someterlas, en tanto que se refuerza la representación de estas en tanto víctimas-carentes-de-todo, que necesitan ser tuteladas y protegidas (ya que todos son sospechosos y su violencia se ejerce en todas partes). Las mujeres, infantilizadas de esta manera, son puestas en una posición en la que renuncian a asumir su propia capacidad de acción y protección para poder cumplir cabalmente con la “calidad de víctima”, con lo que quedan despojadas de su capacidad de agencia.

El aspecto “positivo” de tal acción afirmativa se torna así en un factor negativo ya que, lejos de ampliar los márgenes de libertad y de participación de las mujeres, y de su plena inclusión en todos los ámbitos de la vida social, la mencionada ley consolida una diferencia pensada como incapacidad y encapsula a las mujeres en la figura de víctimas, tan sobrecargada y central en el escenario público de los últimos tiempos. A continuación, analizaremos las implicaciones de esto.

El lado oscuro de la posición de víctima

¿Qué es una víctima? *El Diccionario de la Real Academia Española* (DREA) presenta la siguiente definición:¹²

Del lat. víctima.

1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio.
2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra.
3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.

¹² DRAE en línea: <http://dle.rae.es/?id=b1R0t2m>



4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito.
5. f. Der. Persona que padece las consecuencias dañosas de un delito.

En relación con la expresión “hacerse alguien la víctima”, el mismo diccionario señala: “1. loc. verb. coloq. Quejarse excesivamente buscando la compasión de los demás”. (DRAE en línea)

Según lo anterior, es posible decir que ser víctima es ser “una persona” (no implica un género específico en ningún caso), que se encuentra (es decir, es un estado transitorio) en una posición indeseable: será sacrificada, está en riesgo, padece daño o muere. No obstante, la expresión que se consigna al final de la definición de la RAE muestra un matiz interesante: es útil para buscar compasión. En consonancia con este matiz, Gatti (2016) afirma que, en nuestros días, ser víctima se ha tornado, inclusive, una posición deseable; este autor evoca algunos ejemplos de individuos que han pretendido asumir la identidad de víctima -de las desapariciones políticas en Argentina, de los campos de concentración nazi- con la finalidad de tener, no ya solamente compasión, sino visibilidad pública y reconocimiento. Esta perspectiva muestra un paradójico “lado dorado” de la posición de víctima que se ha venido cultivando y explotando progresivamente en los últimos tiempos; no obstante, dicha posición conserva su lado oscuro que, en el contexto de las angustias contemporáneas parece que se prefiere ignorar para, entre otras cosas, asegurarse un lugar a dónde pertenecer. La posición de la víctima produce cierta seguridad respecto al lugar que le corresponde a uno, es decir, a *quién es uno/a* es, al establecer una distancia entre quien la ocupa y quien no está ahí. Esto último parece funcionar bastante bien en el contexto de la nueva sensibilidad de la corrección política tan extendida en el nuevo milenio, pero por eso mismo, es decir, porque parece tan bueno, tan obvio y tan fácil, no hay



que dejar de ver que también produce funestas consecuencias sociales, políticas y psicológicas. A continuación, hablaremos de algunas de ellas.

Hace ya algunos años, Madriz (2001) publicó los resultados de sus estudios que mostraban cómo afecta en las mujeres las imágenes que circulan en el imaginario social acerca de las mismas mujeres en tanto víctimas. La autora retomó algunos estudios feministas que situaban los delitos contra las mujeres en relación con el control social de este sector social y señaló que, si bien dichos estudios habían sido útiles para mostrar que en la violencia contra las mujeres estaban involucrados otros problemas menos visibles y para desmitificar la percepción de los hogares estadounidenses como “refugios seguros”, la consecuencia más seria de dichos estudios fue su participación en la construcción social de las mujeres como víctimas. De este modo, dice Madriz (retomando a Faith, 1993), “Las mujeres pasaron de la cosificación como propiedad masculina a la recosificación como Víctimas”. (Madriz, *op. cit.*: 107). Afirma:

Las imágenes de las mujeres como víctimas tienen un gran impacto en la vida de mujeres y hombres, contribuyendo al miedo a la delincuencia en las mujeres y a las limitaciones que esto impone a su vida. A través de estas imágenes, por ejemplo, aprendemos que las mujeres son blancos fáciles de la violencia, son vulnerables, necesitan protección masculina y deben limitar sus comportamientos y actividades para que “no les pase nada malo”. También aprendemos que las calles son peligrosas y el hogar es seguro, aunque la realidad es muy diferente. No es nada sorprendente que las investigaciones sobre la delincuencia en los últimos 25 años, que se limita a los delitos cometidos en las calles, arrojen consistentemente que las mujeres tienen más miedo a la delincuencia que los hombres (Madriz, *ídem*: 98).



Madriz (*op.cit.*) señala que en la construcción social de la víctima están involucradas las concepciones más comunes sobre la delincuencia y otros temas e imágenes involucradas en el tema de la violencia. Afirma que, en el saber común respecto a todo ello, están presentes relatos, imágenes y representaciones culturales acerca de los delincuentes y las víctimas, que ponen en circulación tanto los prejuicios como los estigmas de la discriminación: el género, la clase, la raza. La misma autora señala que, de hecho, las representaciones de la víctima en los medios de comunicación coinciden con las imágenes hegemónicas respecto a lo que es ser “personas decentes, trabajadoras y amantes de la familia” (p. 100), de manera que “la víctima es digna de aparecer en los titulares porque es >una buena persona<” (*idem*). En relación con la representación de las mujeres como víctimas en los medios, afirma:

Estas representaciones no sólo hacen que las mujeres tengan más miedo que los hombres; nos llevan a creer también que las mujeres tienen el monopolio de la sumisión y los hombres el de la agresión, que los hombres tienen el control de las calles mientras que las mujeres deberían volver al hogar -que, en realidad, es donde más probablemente sufrirán un asalto (Madriz, *op. cit.*: 103)

En la misma línea, Gámez y Núñez (2013) han planteado que, en la cada vez mayor visibilización de la violencia de género en los medios de comunicación, se construye el fenómeno de la victimización de la mujer, que lleva implicada la idea de indefensión de las mujeres frente a la violencia y que conduce a restringir la posibilidad de que estas se afirmen como sujetos de transformación social y política. Consideran estas autoras que, por esta vía, la figura de la mujer como víctima se ha reificado, con el efecto suplementario de presentar el sufrimiento femeni-



no como algo ajeno y, así, produciendo dificultades para que los espectadores/as asuman cualquier compromiso político.

¿Qué hay detrás de la aparente buena intención de una medida afirmativa que atrapa a las mujeres en la posición de víctimas? El psicoanálisis, con su clásica manera de echar baldes de agua fría al optimismo respecto a las intenciones humanas, ha abordado los dilemas que presenta el amor por el prójimo. En esta línea, Zizek retoma lo planteado por Lacan en *L'éthique de la psychanalyse*, y señala que este autor,

pone de relieve las reservas de Freud respecto del 'amor por el prójimo' cristiano al señalar que es fácil amar la figura idealizada de un prójimo pobre e indefenso, el hambriento africano o indio, por ejemplo; en otras palabras, es fácil amar al prójimo mientras éste se encuentra suficientemente lejos de nosotros, mientras existe una distancia conveniente que nos separa. El problema se plantea en el momento en que se nos acerca demasiado, cuando comenzamos a sentir su sofocante proximidad: en este momento en que el prójimo se nos revela en demasía, el amor puede convertirse súbitamente en odio. (Zizek, 1994: 16)

La pregunta que Zizek formula nos es útil para pensar el tema que nos ocupa; siguiendo su planteamiento podríamos formular lo siguiente: ¿qué pasa cuando la posibilidad de tener consideración con alguien tiene que ver con su posición de víctima? Es decir, ¿es posible seguir amando a quien se ha amado justamente por ser indefenso y pobre, cuando este/a último/a ha salido de esa situación de desamparo y vulnerabilidad y, más aún, cuando ahora podría ser quien él/ella ofrezca amparo a quien le amaba por su desamparo? Dicho de una manera más directa: ¿qué tanto se podría tolerar que las mujeres sean “tan iguales” como los varones, es decir, que dejen su lugar de víctimas, considerando que



este mantiene la distancia de la diferencia que separa a hombres y mujeres? ¿no sería demasiada la proximidad y, por lo tanto, imposible su consideración en tanto sujetos no vulnerables?

Esta idea significa que para amar a las mujeres hay que reforzar su posición *de mujeres*. Y si ser mujer es ser una víctima, tanto mejor, ya que entonces se asegura su posición desventajosa y lastimera, no solamente en una confrontación entre los sexos, sino también entre las mismas mujeres. En esta dirección, Osborne señala que: “la creación de una [mujer como] víctima sirve [también] para crear jerarquías de mujeres: [las víctimas] son pobres mujeres, sobre las que [las que no lo somos] nos sentimos superiores, marcando así una distancia social entre “ellas”, a las que tratamos de forma maternalista, y “nosotras”, que nos creemos en posesión de la verdad que a ellas concierne” (Osborne, 2009:2). He ahí parte del trasfondo político de las estrategias que magnifican los datos acerca de todo aquello que coagula la representación de las mujeres como víctimas.

Cuando no se puede ser más que víctima

Gatti (*op.cit.*) señala que hasta hace algunos años, eran víctimas solamente quienes sufrían lo que el autor llama “violencias trascendentes”, es decir, los perseguidos políticos o los que sufrían genocidio, figuras cercanas a los héroes o mártires, en tanto que alimentaban el imaginario de las narrativas nacionales como figuras extraordinarias. Sin embargo, añade Gatti, eso ha cambiado en nuestros días hasta el punto de que este sustantivo -víctima- se ha hecho común y ordinario; tanto, que ahora la víctima es un personaje central de la vida social contemporánea.

En nuestro país, a partir del 2013, hemos atestiguado los inicios de una política oficial compuesta por una serie de acciones



que participan en una progresiva consolidación de la figura de la víctima,¹³ hasta el punto de que esta se ha configurado como una pieza central en el nuevo horizonte político; si bien en su base se colocó la necesidad de reparación del daño producido por algún delito –y que fue lo que en el 2013 acarreó la aprobación de la *Ley de Víctimas* (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2013)–, esa nueva ley ha dado a luz un fenómeno insólito cada vez más extendido: el deseo de ser víctima. En tanto que esta “calidad” (así se concibe en la *Ley de Víctimas*) otorga reconocimiento, ayuda a salir de la invisibilidad social y colectiva, y permite existir a quienes, desde otras categorías raramente resultan audibles, ser víctima se ha convertido hoy por hoy en una identidad apetecible. Gatti plantea que “hoy, ser víctima es nada más y nada menos que una vía de acceso a la condición de ciudadano” (Gatti, *op.cit.*: 120). Sin embargo, esta figura es densa y contradictoria ya que, si bien solía entenderse como caracterizada por la pasividad, cada vez se muestra más como una figura cargada de agencia. Además, si por un lado tiene aún potencial para catalizar la solidaridad, por otro, tiene efectos perniciosos en quienes deciden abrazar la identidad de víctimas.

Cuando la ciudadanía, en lugar de entenderse como una posición en el conjunto de relaciones formales definidas por la soberanía democrática –en el sentido de que permite hablar desde ahí, no en el de que al ocuparlo se recibe de esta una identidad sustancial (Donald, 1996)–, se produce la confusión de la

¹³ En el 2013, el recién electo presidente de México, publicó la *Ley General de Víctimas* la cual, dijo entonces: Es un reflejo de “la dignidad de la nación”. Un año más tarde se creó por decreto presidencial la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, y poco después, el Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, orientada a “brindar los recursos necesarios para ayuda, asistencia y reparación integral de las víctimas del delito y las víctimas de violaciones a los derechos humanos”. A esto hay que añadir el recurso cada vez más frecuente, de quienes sufren alguna catástrofe natural (inundaciones, terremotos, etc.), de declararse víctimas y exigir al Estado la reparación del daño sufrido.



política de la ciudadanía con la política de las identidades. En tal escenario, aquellos a quienes no se les reconoce, o aquellos quienes no reconocen en sí mismos la sustancia o atributos que supuestamente otorga la ciudadanía, son discriminados y quedan excluidos del acceso a esta, lo cual conduce a la necesidad de buscar en el catálogo disponible de las identidades al uso otra posibilidad que permita participar en el ámbito público con mayor éxito que el tenido a partir de lo que se es. Dentro del catálogo mencionado, cada vez es más frecuente la elección de la paradójica identidad de víctima, que en los últimos tiempos ha demostrado un enorme potencial para dar visibilidad a quienes la asumen, para el reconocimiento de sus derechos y hasta para la obtención de recursos. Se trata de una identidad que desborda las características subjetivas de los actores ya que ofrece un lugar colectivo que trae aparejada la garantía automática de los derechos ciudadanos y que en nuestro país asegura, entre otras cosas, “asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y protección” (Cámara de Diputados, 2013), independientemente de dichas características.

A manera de conclusiones

El tema de las identidades no puede dejarse fuera de la discusión en torno a las acciones afirmativas. En tanto que estas medidas se basan en el reconocimiento de las diferencias,¹⁴ no solamente las reconocen, sino que las solidifican, con la complicación suplementaria de operar como si la diferencia fuera parte de aque-

¹⁴ Señala Ziliana: “La discriminación positiva no es compatible con el principio de igualdad, en ninguno de sus modelos o dimensiones precisamente porque la discriminación positiva es una discriminación, lo que ocurre es que puede estimarse valiosa, necesaria o justa, pero es una discriminación”. (*op. cit.*: 78)



llo que se discrimina y no entendiendo que la diferencia más bien está en las estructuras mentales que se aplican al mundo para entenderlo. Es decir, somos nosotros quienes sembramos la diferencia en un mundo social caracterizado por la diversidad, para ordenarlo: establecemos líneas, a partir de nuestros esquemas mentales, que ponen a ciertos sujetos de un lado y a otros de otro, construimos categorías, establecemos diferencias, *discriminamos*.

El paradigma de la modernidad se ha desgastado y ha dado paso a lo que se ha llamado la “tercera modernidad” o “modernidad líquida”, en el que ya no reina el Estado, figura central de la segunda modernidad o modernidad sólida, sino que es el mercado el que regula la vida social. Dice Bauman: “Lo que se ha roto ya no puede ser pegado. Abandonen toda esperanza de unidad, tanto futura como pasada, ustedes, los que ingresan al mundo de la modernidad fluida” (Bauman, 2005:27). En el nuevo escenario, se sigue buscando la identidad en una “lucha constante por detener el flujo, por solidificar lo fluido, por dar forma a lo informe”. Las identidades son ahora volátiles e inestables, y la libertad se entiende como la capacidad de “ir de compras” en una tienda que ofrece identidades que se pueden elegir y mantener el tiempo que uno quiera; la fantasía es que hay libertad para hacer y deshacer identidades a voluntad. La lógica consumista de la modernidad líquida ha penetrado las identidades que también se han tornado líquidas, en concordancia con las mercancías de nuestros tiempos: son efímeras y perecederas, circunstanciales y “asociativas”. (*ídem*: 89)

Es así como surge la pregunta, ¿Qué tan efectivas pueden ser las acciones afirmativas en este contexto fluido e inestable que ha disuelto las identidades sólidas y, por lo tanto, que replantea la diferencia en otros términos? ¿son dichas medidas más bien mecanismos de respuesta a las angustias identitarias de nuestra



época, con las que se pretende reinstalar los esquemas desestabilizados de la modernidad? ¿Qué efectos tiene esta tensión entre dos paradigmas encontrados en la puesta en marcha de medidas pragmáticas de política social?

Las características de la modernidad líquida nos llevan a pensar que el fenómeno de la discriminación que vivimos en ese contexto es también igualmente líquido. Han cambiado las expresiones de la discriminación al parejo que se han licuado las identidades, de tal manera que en la modernidad líquida parece que ya no se discrimina a las identidades, sino *a las prácticas*, tales como el uso de drogas, el portar tatuajes, el uso de la bicicleta o de cierta moda. La acción afirmativa, como dijimos, responde al paradigma de la modernidad, en el que las identidades eran sólidas y fijas, por lo que las nuevas coordenadas de la vida social parecen requerir el tránsito a otro paradigma y, por lo tanto, a inventar otras medidas más flexibles que protejan a las prácticas de la discriminación y se desliguen de las identidades y de sus particularidades o diferencias.

Por otra parte, consideramos importante reformular la visión que se produce a través de la narrativa cultural sobre la violencia contra las mujeres para transformar el mensaje subliminal, que se transmite tanto a ellas como a la sociedad en general, al compactarlas a todas en un mismo contingente y al equipararlas con la figura de la víctima. Habría que buscar más bien ir hacia la producción de una representación alternativa de las mujeres como sujetos de plenos derechos más allá de las identidades de género, como ciudadanas con el poder de apelar a la condición de ciudadanas sin que tener que recurrir a la necesidad de asumir (o peor: a desear) la posición de víctimas para lograr esos derechos. Hay que exigir, ciertamente, el empleo de toda la fuerza del Estado para que vigile, al margen de toda diferencia de sexo, de raza y de condición social, el cumplimiento de la ley y la protección de los



derechos de todos. Pero no solamente para defender a las mujeres de los varones, sino para garantizar que lo que funcione sea un Estado de Derecho, con todo lo que eso implica. Se trata de exigir que cada quien ocupe el lugar de quien tiene la capacidad, la habilidad y la fuerza para oponerse a cualquier intento de someter o de oprimir, en cualquier ámbito y sea cual sea el sexo, la raza o la clase de quien lo intente. Esta visión sí conseguirá la meta mencionada en el texto de la cuestionada ley, planteado como “el proceso por el cual se transita de cualquier situación de opresión, desigualdad, discriminación, explotación o exclusión a un estado de conciencia, autodeterminación y autonomía, el cual se manifiesta en el ejercicio del poder democrático que emana del goce pleno de sus derechos y libertades” (Consejo de la Unión, 2007).

Para terminar, es pertinente señalar que cada vez parece ser más claro que en el contexto actual las identidades de género han dejado de ser tan efectivas como lo fueron hace algunas décadas para asegurar un lugar importante en el escenario público. Los avances del debate feminista en torno a la ilusoria homogeneidad de las mujeres que han evidenciado las diferencias entre estas, han roto también la unitaria identidad “mujer” que, cada vez más atomizada, ha perdido potencia en la disputa por el espacio público. Es posible que este proceso explique la emergencia poderosa de otras identidades más dramáticas que permiten participar en el ámbito público de una manera más eficaz, y es así como, entre las nuevas identidades, nace la identidad de víctima cuya fuerza se deriva de poderosos dramas sociales relatados con una retórica sentimental que subyuga a los consumidores. Ese proceso es el que parece ser reforzado por la *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. La pregunta es si esto marca los límites de la acción afirmativa en tanto medida que pretende la inclusión pero que, al afirmar necesidades especiales, se vuelve una trampa para lograrla.



Bibliografía

- BADINTER, Elisabeth (2004). *Por mal camino*. Barcelona, Alianza Editorial.
- BARBIERI, Teresita de y Gabriela Cano (1990). “Ni tanto ni tan poco: las reformas penales relativas a la violencia sexual”, en *Debate Feminista*, vol. 2, año 1, septiembre 1990. México. pp. 345-356
- BROWNMILLER, Susan (1975). *Against our Will. Men, Women and Rape*. New York. Simon and Schuster.
- BAUMAN, Zygmunt (2005). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: FCE.
- CONGRESO DE LA UNIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (2007). *Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia*. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007. Disponible en Internet, en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAM-VLV_171215.pdf [Última consulta: 06/04/2016]
- (2013). *Ley General de Víctimas*. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada DOF 03-05-2013. Disponible en Internet, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf> [Última consulta 29/03/2016]
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN (DOF) (2013). *Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018*. DOF: 30/08/2013. Disponible en Internet en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5312418&fecha=30/08/2013
- DONALD, James (1996). “El ciudadano y el hombre de mundo”. En: Hall, Stuart y Paul du Gay (comps.) (2003), *Cuestiones de identidad cultural*. Buenos Aires: Amorrortu. pp. 281–314.



- DWORKIN, Andrea (1981). *Pornography: Men Possessing Women*. New York, Plume.
- EIKELBOOM, Lies (1998). “Experiencias de acción positiva para las mujeres en la empresa holandesa PTT” en: *Congreso Internacional sobre la Acción Positiva para las Mujeres*, coordinado por Ana Rincón, 209-220. Vitoria Gasteiz: Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer.
- EUROPEAN... (2014). *Violence against women: an EU-wide survey. Results at a glance*.
- EVIDENCIAS Y LECCIONES DESDE AMÉRICA LATINA (ELLA) (s/f) “Acciones afirmativas para promover la equidad de género en la política: las cuotas de género en América Latina”. Documento en Internet, en: <http://fundar.org.mx/acciones-afirmativas-para-promover-la-equidad-de-genero-en-la-politica-las-cuotas-de-genero-en-america-latina/>
- GATTI, Gabriel (2016). “El misterioso encanto de las víctimas”. *Revista de estudios sociales*, número 56, abril-junio. Pp 117-120. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Los Andes, Colombia. En Internet: DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res56.2016.09>
- GÁMEZ FUENTES, M.J. y S. Núñez Puente (2013). “Medios, ética y violencia de género: más allá de la victimización”. *Asparkia. Investigació feminista*. Núm. 24 (2013). Pp 145-160. Castelló: Universitat Jaume I.
- MACKINNON, Catherine (1979). *Sexual Harassment of Working Women*. New Haven: Yale University Press.
- MADRIZ, Esther (2001). *A las niñas buenas no les pasa nada malo*. México: Siglo XXI editores.
- MARDELL, Jane (1998). “Iniciativas educativas para promover la incorporación de las mujeres a las nuevas tecnologías” en: *Congreso Internacional sobre la Acción Positiva para las Mu-*



- jeros, coordinado por Ana Rincón, 147-168. Vitoria Gasteiz: Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer.
- MAZA, Sarah (1996). “Stories in History: Cultural Narratives in Recent Works in European History” en *The American Historical Review*, Vol. 101, No. 5 (dic. 1996), pp 1493-1515. Chicago: The University of Chicago Press.
- MINISTERIO NORUEGO DE ASUNTOS EXTERIORES (1983). *Equal status between men and women*.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Disponible en Internet, en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> [Consultado 26/05/2016]
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS-MUJERES (ONU-Mujeres) (2015). *La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing cumplen 20 años. Informe resumido*. Secretaría General de las Naciones Unidas. Disponible en Internet en: http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/sg%20report_synthesis-sp-fin.pdf?v=1&d=20150318T213454 [Consultado: 24/02/2016]
- OSBORNE, Raquel (1995). “Acción Positiva” en: *10 palabras Clave Sobre Mujer*, compilado por Celia Amorós, 301. España: EVD.
- (2009). “Construcción de la víctima, destrucción del sujeto: el caso de la violencia de género”. UNED, *Jornadas Feministas de Granada*, 5-8 diciembre 2009. En internet: <http://www.mujeres-aequitas.org/docs/Violencia%20de%20genero%20RaquelOsborne.pdf> [Última consulta 08/06/2016]
- PERIS VIDAL, Manuel (2013). “La despolitización de la violencia de género a través de la terminología”, en: *Asparkia. Investigación feminista*, 24, 176-194. Valencia: Universitat Jaume I.



- WINTER, Veerle de (1998). “La política de acción positiva en el sector privado y en el sector público en Bélgica”. en: *Congreso Internacional sobre la Acción Positiva para las Mujeres*, coordinado por Ana Rincón, 221-232. Vitoria Gasteiz: Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer.
- VII ENCUENTRO NACIONAL FEMINISTA (1993). “Feminismo, vida cotidiana y política: una propuesta de acción afirmativa”. En: *Debate Feminista*, 7, marzo de 1993. 269-282.
- ZILIANA, Estefanía (2011). “La acción afirmativa en el derecho norteamericano”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año V, Número Especial, 2011. Disponible en Internet, en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0009_p-d-constitucional1.pdf
- ZIZEK, Slavoj (1994). ¡Goza tu síntoma! Jacques Lacan dentro y fuera de Hollywood. Buenos Aires: Nueva Visión.





Acerca de autoras y autores

Jesús Rodríguez Zepeda es Doctor en Filosofía moral y política. Es Profesor Investigador del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa. Es Investigador Nacional, nivel III, en el Sistema Nacional de Investigadores. Es Coordinador Nacional de la Red de Investigación sobre Discriminación (RINDIS). Fue Presidente del comité académico de la Cátedra UNESCO “Igualdad y no discriminación” (Universidad de Guadalajara y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación”). Entre sus últimos libros están: *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política* (México, IFAI, Colección Cuadernos de Transparencia, 2004), *El igualitarismo liberal de John Rawls. Estudio de la Teoría de la justicia*. (México, Miguel Ángel Porrúa-UAM, 2010), *Iguales y diferentes. La discriminación y los retos de la democracia incluyente* (México, TEPJE, 2011), *Democracia, educación y no discriminación* (México, Cal y Arena, 2011), (con Tatiana Rincón-Covelli) *La justicia y las atrocidades del pasado. Teoría y análisis de la justicia transicional* (México, 2012, Miguel Ángel Porrúa-UAM), (con Teresa González Luna) *La construcción de una razón antidiscriminatoria. Estudios normativos y analíticos sobre la igualdad de trato*, (México, 2014, Conapred) y *Ética y derecho a la información: los valores del servicio público* (2016, INFODF).

Tatiana Rincón Covelli. Es Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, con estancia de investigación posdoctoral en filosofía política y moral en la Universidad Autóno-



ma Metropolitana (UAM) de México. DEA en Lógica y Filosofía de la Ciencia de la UNED, Madrid, y con Licenciatura en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Fue asesora de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación-CNRR de Colombia e integrante del Grupo de Memoria Histórica de ese país. Ha sido consultora de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y profesora de la Universidad del Rosario en Bogotá, en Teoría Jurídica, Teorías contemporáneas de la Justicia y Justicia Transicional. Vinculada a la Línea de investigación en Democracia y Justicia de la Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad e integrante de la Corporación ConDerechos de Colombia. Entre los artículos publicados están “Tomarse el derecho en serio: el derecho en las transiciones políticas. A propósito de la transición en el caso colombiano”; “El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? A propósito de la transición uruguaya a la democracia”, “La justicia transicional: una concepción de la justicia que se hace cargo de las atrocidades del pasado”; “La decisión judicial en la construcción de la memoria colectiva –una aproximación desde la hermenéutica”; “La verdad histórica: una verdad que se establece y legitima desde el punto de vista de las víctimas”.

Valeria López Vela es profesora-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México – Sur en donde, además, dirige el Centro Anáhuac Sur en Derechos Humanos. Es Doctora en Filosofía; tiene estancias de investigación en la Universidad de Chicago, la Universidad de Stanford, la Universidad de Navarra y la Universidad de Austin. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. Sus líneas de investigación son Filosofía Mexicana y Filosofía Política enfocada en Teorías de la Justicia y Derechos Humanos. Trabaja las nociones



de Equidad, Alodial y Dignidad. Es columnista fundadora del periódico *La Razón* en temas de Política Internacional y Derechos Humanos y colaboradora de Canal 40 sobre Derechos Humanos y Política Internacional. Forma parte de la Asociación Filosófica de México de la que ha sido Secretaria y Tesorera. Además, pertenece a las Asociaciones Internacionales LASA, ERIP y *Law and Society*. Es consejera editorial de las Revistas Estudios del ITAM y Open Insight del CISAV, entre otras. Cuenta con varios artículos especializados y capítulos de libro. Es autora del libro: *Igualdad, libertad y legalidad. Reflexiones sobre la Filosofía Lascaciana* (Porrúa, México, 2013). Bajo el sello del Centro Anáhuac Sur en Derechos Humanos ha coordinado los libros: *200 años de los Sentimientos de la Nación: valoración y vigencia* (Universidad Anáhuac México Sur, México, 2015) y *El poder de la palabra: Discursos de Odio* (Universidad Anáhuac México Sur, México, 2015).

Juan Carlos Velasco Arroyo (velasco@ifs.csic.es). Científico Titular del Instituto de Filosofía del CSIC (Madrid). Scientist in charge de la European Research Training Network “Applied Global Justice” (HPRN-CT-2002-00231), financiada por la Comisión Europea. Autor de *La teoría discursiva del derecho* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000) y *Para leer a Habermas* (Alianza Editorial, Madrid, 2003). Entre sus artículos destacan: “Ayer y hoy del cosmopolitismo kantiano” (Isegoría, 1997); “Politische Dissidenz und partizipative Demokratie” (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1998); “Derechos de las minorías y democracia liberal” (Revista de Estudios Políticos, 2000); “Patriotismo constitucional y republicanismo” (Claves de razón práctica, 2002); “De la difícil justificación de una guerra preventiva” (Claves de razón práctica, 2003); “Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la toleran-



cia liberal” (Revista de Estudios Políticos, 2004); “Estado nacional y derechos de los inmigrantes” (Arbor, 2005). Su libro más reciente es *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, justicia y ciudadanía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

Luis González Placencia es Profesor Investigador Titular B de Tiempo Completo del Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Es investigador líder del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Facultad de Derecho de la misma universidad y miembro del Comité Doctoral del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es autor de varios libros y artículos especializados en temas relacionados con los Derechos Humanos. Es miembro de número de la Academia Mexicana de Criminología, participa de los consejos honorarios de diversas organizaciones de derechos humanos y también pertenece a la Junta de Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Escribe semanalmente en el portal electrónico *Animal Político*. El Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional, nivel I.

Francisco Colom González es Profesor de Investigación del Centro de Ciencias Humanas y Sociales del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Obtuvo su Doctorado en Filosofía en la Universidad Complutense y el Diploma en Ciencia Política y Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Ha sido, además, profesor visitante en diversas universidades latinoamericanas, europeas y norteamericanas. Su investigación se ha centrado en las relaciones entre cultura, identidad política y cambio social, así como en los conflictos normativos que se derivan de su interacción. Sus últimos proyectos han sido Justicia intercultural. normas, sujetos y culturas en las sociedades plurales (2009-2011) y La filoso-



fía del espacio político (2013-2015). En la actualidad forma parte del proyecto europeo UNREST (Unsettling Remembering and Social Cohesion in Europe; H2020 Reflective Society-2015) y está preparando el lanzamiento de un nuevo proyecto sobre La filosofía política de la ciudad. Ideas, formas y espacios de lo urbano (2017-2019). Sus últimos libros, como editor, han sido *El espacio político* (Anthopos 2015, junto con A. Rivero); *The Traditions of liberty in the Atlantic World. Origins, Ideas and Practices* (Brill 2016, junto con A. Rivero); *Forma y política de lo urbano. La ciudad como idea, espacio y representación* (Bogotá, Editorial Crítica - Grupo Planeta, 2016) y *Multireligious Society. Dealing with Religious Diversity in Theory and Practice* (Routledge 2017, junto con G. D'Amato).

Cristina Palomar Vereá es Psicoanalista y doctora en Ciencias Sociales con especialidad en Antropología Social (CIESAS, 2002). Inició sus labores en la Universidad de Guadalajara en 1984. Fundadora del Centro de Estudios de Género en la UdeG (1994) y de la Revista de Estudios de Género. La Ventana (1995). Actualmente es profesora-Investigadora titular del Departamento de Estudios en Educación de la misma Universidad, especializada en el campo de los estudios de género en conexión con los estudios de la subjetividad y de la cultura institucional de las instituciones de educación superior. Ha impartido docencia en diversas licenciaturas y posgrados de la Universidad de Guadalajara y de otras instituciones de educación superior. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores desde 2002 nivel II, y tiene el reconocimiento de perfil PROMEP desde hace más de diez años. Es autora de varios libros y de diversos artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras.

Para discutir la acción afirmativa
Teoría y normas
Volumen 1

se terminó de imprimir en marzo
en los talleres gráficos de TRAUCO Editorial,
Camino Real a Colima 285. Int. 56, Tlaquepaque, Jalisco.
Tiraje: 500 ejemplares

Aunque en México la acción afirmativa puede hallarse ya formulada en ordenamiento legales y en prácticas institucionales, su discusión pública sigue abierta y, en gran medida, a la espera de justificaciones y narrativas intelectuales que hagan persuasivas tanto su defensa como, si fuera el caso, su crítica razonada. Esta es la razón de ser de la obra colectiva que ahora la Red de Investigación sobre Discriminación (RINDIS) pone a disposición de los lectores. A través de la serie de materiales que componen estos dos volúmenes, se busca incidir en una discusión que amerita un tratamiento serio y atento a los criterios académicos más exigentes. Para nuestro país, donde no sólo se ha construido legislación reglamentaria que contiene mandatos de acción afirmativa sino que la propia representación política democrática se ha modificado por una poderosa exigencia de tratamiento preferencial con base en el género, la discusión de esta categoría muestra su sentido práctico y su alineamiento con la agenda de democratización y de garantía de derechos humanos. Hablar de acción afirmativa aquí y ahora implica buscar la solución a una de las privaciones más graves entre todas las que nos aquejan: la discriminación.

ISBN OBRA COMPLETA



9 786077 427308

ISBN PRIMER VOLUMEN



9 786077 427315