

LAS ACCIONES POSITIVAS

Prof. Adj. María Elena Rocca

Sumario: 1. Objeto. 2. Marco teórico 3. El principio de igualdad. Sus alcances. 4. Acciones positivas. 5. Algunos ejemplos de acciones positivas a nivel legislativo. 6. Conclusiones.

1. OBJETO

El objeto del presente trabajo es referirnos la temática de las acciones positivas (*affirmative actions*) y su aplicación en el Uruguay.

2. MARCO TEÓRICO

El tema de las acciones positivas suele presentarse inscrito dentro de otro más amplio: el de la igualdad, y en particular, dentro de la distinción entre igualdad formal e igualdad material.

Igualdad (del latín *aequalitas*) es la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad (1).

Y lo igual (del latín *aequalis*) es aquello de la misma clase o condición.

La igualdad tiene una dimensión matemática, que supone una relación entre dos términos (2), pero también presenta una honda dimensión ética y, en el Derecho, a su vez, estrechas vinculaciones con las nociones de dignidad, libertad, democracia, equilibrio y justicia social.

(1) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición, 2001. Hemos seleccionado la acepción que nos pareció más apropiada.

(2) Cfe. Bouvier, Alain y George, Michel, Diccionario Akal de Matemáticas, Traducción Mauro Armiño y Vicente Bordoy, Edición Akal S.A., Madrid, 2005: "La igualdad o relación de igualdad es un relación denotada. La igualdad es una noción primitiva de las matemáticas. No se define más que por sus reglas de empleo que imponen que dos objetos matemáticos tienen las mismas propiedades. La igualdad es reflexiva, simétrica y transitiva, es, por tanto, una equivalencia".

Entre seres humanos la igualdad supone que todos poseemos rasgos comunes y otros diferentes, de los que sólo los primeros se destacan como relevantes.

Conforme el principio de igualdad, todos los hombres son iguales y por ello, igualmente dignos (3), y ninguno podría ser tratado como medio u objeto sino como un fin en sí mismo (4).

Por su parte, respecto de la relación entre igualdad y democracia Tocqueville la ha considerado como un criterio de la definición del sistema democrático (5).

Y entre nosotros se ha señalado: "...la vida social organizada estatalmente, ha oscilado entre regímenes enmarcados en el Derecho Positivo que, o han privilegiado la libertad en desmedro de la igualdad produciendo desigualdades intolerables, es decir, indignas; o en cambio, han pretendido imponer colectivamente la igualdad, ahogando la libertad y concluyendo en el mantenimiento o el ahondamiento de desigualdades originarias" (6).

Así que si se han producido desigualdades indignas entre las personas, ellas deben ser niveladas o equilibradas, aspecto que se vincula con las ideas de equilibrio y justicia (7).

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. SUS ALCANCES.

En general, la doctrina ha distinguido la igualdad formal o de trato (8) y la igualdad real o material que supone modelos de igualdad entre los individuos en los planos económico, social y cultural.

Por su parte, Cagnoni distingue igualdad "*de la ley*", "*por la ley*" y "*ante la ley*", en términos que nos permitimos transcribir:

"...*de la ley* significa que no pueden dictarse leyes discriminatorias, estableciendo privilegios, o distinciones, entre las situaciones de las personas comprendidas en ella, salvo la referencia constitucional de virtudes y talentos.

Por la ley en cuánto ésta es el instrumento para procurar la igualdad –consagratoria de la justicia– en aplicación de la Carta, compensando mediante la normativa de las leyes, las desigualdades reales; sociales, económicas, culturales, etc.

(3) La base cristiana de la noción de dignidad humana, es la de la creación de hombre a imagen y semejanza de Dios.

Esta noción sustenta otras, así las de igualdad y fraternidad.

(4) Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Traducción Manuel García Morente, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1967.

(5) Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Traducción de Luis R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

(6) Cagnoni, José Aníbal, *La Dignidad Humana: Naturaleza y Alcance*, Revista de Derecho Público, N° 23, F.C.U., Montevideo, 2003.

(7) Cfe. Cagnoni, José, *El Derecho Constitucional Uruguayo*, 2da. Edición ampliada y actualizada, Impresora Grafinel, Montevideo, 2006.

(8) Se señala que la igualdad formal "si bien tiene antiguos antecedentes en la idea griega de isonomía, es sobre todo resultado y parte esencial de la ideología liberal desarrollada por la Ilustración y consagrada por vez primera en las declaraciones de derechos de la Revolución Francesa...", cfe. Ruiz Miguel, Alfonso, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 19, Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

Y ante la ley en la medida que de aplicación de las leyes represente verdaderamente, en medida lo más fiel posible la igualdad que es tratar igualmente a las situaciones iguales pero desigualmente –con justicia– a las situaciones desiguales”.

La igualdad formal ha sido regulada expresamente en el art. 8 de la Constitución vigente.

Sus antecedentes se ubican en el art. 132 de la Constitución de 1830 y en el art. 148 de la constitución de 1918 (9).

En la Constitución de 1934 adquiere su redacción y numeración actual.

Conforme a la normativa vigente: “Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.

A su vez, el art. 9 “Prohíbe la fundación de mayorazgos”. Y establece que “Ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, ni honores o distinciones hereditarias”.

Su antecedente es el art. 133 de la Constitución de 1830 y art. 149 de la Constitución de 1918 (10).

La regulación constitucional del principio de igualdad supone un tratamiento equivalente de todas las personas ante la ley (11).

Todas las personas deben recibir igual trato y protección de la ley.

De ello, la doctrina extrae otro concepto: el de “generalidad de la ley”: esto es, que la ley no se agota por su aplicación a los casos concretos.

Este aspecto, lleva de la mano a otra problemática: la de la legitimidad de la legislación por clases o grupos.

Nuestra Suprema Corte de Justicia estima que la legislación por clases no vulnera el principio de igualdad siempre que las clases tengan por fundamento una distinción razonable y no una distinción sospechosa (cuando el rasgo diferenciador es el sexo, la raza, el credo u otros que la dignidad humana impide que sean tenidos en cuenta como factor de división social) y que todos los comprendidos en la clase sean igualmente alcanzados por la norma. El máximo órgano judicial nacional suele citar la concepción aristotélica del principio de igualdad (la igualdad justa es no sólo la relación de igualdad entre iguales –igualdad estricta o aritmética- sino la apropiada relación de desigualdad entre desiguales -igualdad geométrica o proporcional–), así como la posición de la jurisprudencia norte americana y la jurisprudencia argentina (12).

(9) C 1830, art. 132. “Los hombres son iguales ante la Ley, sea preceptiva, penal o tuitiva, no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o virtudes”.

(10) C. 1830, Art. 133 “Se prohíbe la fundación de mayorazgos y toda clase de vinculaciones y ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, honores y distinciones hereditarias”.

(11) También el principio ha tenido desarrollos particularizados, tales como igualdad ante los reglamentos, igualdad ante las cargas públicas, igualdad ante los servicios públicos, igualdad de acceso a los cargos públicos (respecto de este último: Constitución, art. 76).

(12) Rocca, María Elena, Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad de la ley en: Revista de Administración Pública Uruguay, O.N.S.C., N° 21, Montevideo, 1997; Estudio sobre jurisprudencia constitucional, Montevideo, 1999; Tendencias recientes en la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia respecto del control de constitucionalidad de la ley en: Noveno Coloquio de Derecho Público, Homenaje al Profesor Héctor Gros Espiell, Editor José Aníbal Cagnoni, Montevideo, 2003.

En general, la doctrina admite la legislación por clases o grupos por argumentos similares a los señalados por la jurisprudencia.

Korseniak, por su parte, ha señalado que, atento a lo establecido en el art. 8, la ley no puede legislar para grupos o clases de personas, hacer distinciones, salvo que tales grupos o clases o distinciones se deriven de talentos o virtudes (art. 8) o tengan su fundamento en otras normas constitucionales (arts. 46, 50, 53 inc. 1, 59 y ss., 232, etc.) y que el contenido de la ley en cuestión debe adecuarse al contenido y espíritu de la normativa constitucional (13).

En cuanto a la dimensión de la igualdad material, ella parte del reconocimiento de graves situaciones de desigualdad real, esto es, de relevantes desigualdades en aspectos económicos, sociales y culturales entre las personas que se traducen en un desequilibrio en el acceso a bienes, recursos o servicios.

El elenco de los derechos económicos, sociales y culturales recogido en el Capítulo II de la Sección II de la Constitución, sin perjuicio de otros que resultaren de la aplicación del art. 72 de la Constitución, pueden considerarse normas inspiradas en el logro de una igualdad real (14) (15) (16), fin propio de un Estado Social de Derecho.

La citada normativa refiere básicamente, a: la familia (art. 39, C. 1934 y 1942, art. 40 C. 1952 y 1967), deberes de los padres, protección de la infancia (art. 40, C. 1934 y 1942, art. 41 C. 1952 y 1967), deberes de los padres naturales y protección de la maternidad (art. 41, C. 1934 y 1942, art. 42 C. 1952 y 1967), la infancia y juventud (art. 42 C. 1934 y 1942, art. 43 C. 1952 y 1967), la salud e higiene pública (art. 43 C. 1934 y 1942, art. 44, C. 1952 y 1967), la vivienda (art. 44 C. 1934 y 1942, art. 45 C. 1952 y 1967), asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes por su inferioridad física o mental crónica que los inhabilita para el trabajo (art. 45, C. 1934 y 1942, art. 46, C. 1952 y 1967), derecho sucesorio (art. 47, C. 1934 y 1942, art. 48, C. 1952 y 1967), bien de familia (art. 48 C. 1934 y 1942, art. 49, C. 1952 y 1967), el trabajo (arts. 52 a 57 C. 1934 y 1942, 53 a 65 C. 1952 y 1967), seguridad social (art. 58, C. 1934 y 1942, art. 67 C. 1952 y 1967, modificado en 1989) y la enseñanza (arts. 59 a 62, C. 1934 y 1942, arts. 68 a 71, C. 1952 y 1967).

Se tratan de normas, fundamentalmente, de carácter programático. Esto es, normas que establecen una intención de acción futura del Estado, de sus órganos, dentro de determinadas directivas; plantean conductas posibles de los órganos del Estado dirigidas a elevar el nivel de vida de los habitantes o de categoría de éstos estableciendo la orientación de las normas o disposiciones preceptivas a adoptarse (17).

En síntesis, las normas que refieren a los derechos económicos sociales y culturales, los llamados derechos de la segunda generación, son normas constitucionales que no contienen la regulación del tema o materia que mencionan, sino que más bien encomien-

(13) Korseniak, José, Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional, F.C.U., Montevideo, 2002.

(14) Cagnoni, José Aníbal, El Derecho Constitucional Uruguayo, 2da. Edición ampliada y actualizada, Impresora Grafinel, Montevideo, 2006.

(15) Cagnoni, José Aníbal, Estudios sobre el Estado Democrático y Social de Derecho, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1989.

(16) El elenco de los derechos económicos, sociales y culturales fue introducido por primera vez en la Constitución de 1934.

(17) Cfe. Cagnoni, José Aníbal, El Derecho Constitucional Uruguayo, 2da. Edición ampliada y actualizada, Impresora Grafinel, Montevideo, 2006.

dan a otra autoridad, generalmente al legislador, dicha regulación y suponen un hacer a cargo del Estado (o acción positiva) y pueden considerarse como normas que tienden a minimizar los efectos de las desigualdades existentes con el objetivo de asegurar un bienestar para todos.

4. ACCIONES POSITIVAS

Las acciones positivas (affirmative actions) surgen en el sistema norteamericano.

Se ha señalado que ellas fueron utilizadas por los tribunales americanos a finales del siglo XIX para referirse a medidas de remedio establecidas a favor del defendido (18). Aparecen como una técnica de aplicación judicial de la igualdad en defensa de colectivos infrarepresentados.

La "affirmative policy action" aludiría a los distintos tipos de programas de política antidiscriminatoria en Estados Unidos dirigidos básicamente a las minorías raciales.

La expresión "acción positiva" procede de la británica "positive action" y su uso más general en Europa, pero tanto afirmativo como positivo alude al carácter intervencionista y prestacional del Estado Social de Derecho frente a las acciones negativas u omisiones del Estado Liberal de Derecho (19).

Se trata así de un concepto que nace en un Estado Liberal de Derecho, y que se extenderá más tardíamente por el derecho comparado, especialmente, en el sistema europeo, y, en general, más circunscrito a lo que se conoce como igualdad de género.

Se parte del reconocimiento de que existen grupos que no se encuentran en las mismas condiciones que el resto de la sociedad, esto es, de la constatación de la existencia de colectivos en situación de desventaja, por razones de etnia, sexo, edad (jóvenes o ancianos), salud (minusválidos), etc. y que respecto de ellos la estricta igualdad de trato actúa más bien conservando el statu quo que como punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario.

En general, se tratan de estrategias temporales que pueden comprender medidas concretas o programas completos destinadas a remover las situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales citadas.

Respecto de la legitimidad de tales acciones, se ha entendido que ellas no configuran violaciones al principio de igualdad en la medida que se inscriban dentro de las realizaciones de justicia e igualdad propias del Estado social de Derecho (20), esto es, que sirvan de instrumentos de promoción de la igualdad material dirigidos a colectivos que la Constitución establece como susceptibles de especial protección (21).

(18) Durán y Lalaguna, Paloma, Apuntes sobre las acciones positivas, Revista de Trabajo y Asuntos Sociales, Número 30 (Marzo de 2001), versión html en línea.

(19) Cfe., Entrena Vázquez, Luz, Constitución y acciones positivas, El sistema de cuota de participación política para mujeres en Ecuador, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 11 Año, Tomo II, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, Montevideo, 2005.

(20) Por su parte, la Convención Internacional sobre de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece: "La adopción de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre hombres y mujeres nunca puede considerarse como un acto discriminatorio respecto a los hombre".

(21) Cfe. Entrena Vázquez, Luz, ob. cit.

En general, cuando a través de estas acciones se busca promover o favorecer la situación de esos grupos para llegar a la igualdad de oportunidades en el punto de partida, su legitimidad no ha sido cuestionada.

Suelen presentarse como prestaciones económicas cuyo costo se reparte entre la colectividad a través de impuestos, ej.: favorecer la participación de la mujer en el ámbito rural a través de aportes económicos el Estado, favorecer emprendimientos de mujeres afrodescendientes, etc.

En cambio, se ha entendido que cierto tipo de acciones positivas serían podrían ser ilegítimas. A estas últimas suele denominárseles “discriminación inversa o positiva” (22).

Se tratarían de una clase específica de acciones positivas caracterizadas por beneficiar, respecto de bienes especialmente escasos (23), a un colectivo tradicionalmente en situación de desventaja. Supondría la introducción de una desigualdad como medio para conseguir la igualdad como resultado o como punto de llegada.

Se trata de iniciativas que tienen en cuenta rasgos tradicionalmente discriminatorios (como la raza o el sexo) con el objetivo de favorecer a los históricamente perjudicados y se aplican asignando cuotas o cupos en situaciones de especial escasez como cargos en la función pública o cargos electivos (24) (25).

(22) En contextos como el del presente trabajo, la palabra “discriminación” tiene una connotación negativa, esto es, una distinción no razonable, sospechosa o injusta, como aquéllas distinciones que se hacen atendiendo a rasgos físicos (raza, color, género) o de nacimiento, religión, etc.

Cuando se emplea la expresión “discriminación positiva”, se pretende aludir a una distinción que apunta a remover una desigualdad.

(23) Cfe., Ruiz Miguel, Alfonso, ob. cit.

(24) El presente artículo sólo se propone la presentación del tema de las acciones afirmativas. En consecuencia, excede a sus límites abordar la temática del rezago de la participación de la mujer en el ámbito de lo público, en la esfera de la toma de decisiones pública y el de su escasa presencia en los órganos legislativos y ejecutivos. En general, se valora que esta distribución desigual significa un déficit democrático, en cuanto y en tanto la mujer representa la mitad del electorado. Sólo a partir de los años 60 del siglo pasado se ha pasado a tomar conciencia real de este fenómeno, tomándose como fecha simbólica, el Mayo del 68 Francés.

En Derecho Comparado, tanto en el Derecho Europeo como en el Latinoamericano se han aprobado leyes que exigen a los partidos políticos determinados porcentajes de la candidatura a mujeres de manera de asegurar la integración de las mujeres en la vida política (leyes de cuotas electorales).

En nuestro país:

La Constitución de 1830 no reconoció a la mujer derechos políticos, ésta no era considerada ciudadana. La Constitución de 1918 dispuso que el reconocimiento del derecho de la mujer al voto activo y pasivo, en materia nacional y municipal, o en ambas, sólo podría ser establecido por ley aprobada por mayoría de dos tercios del total de los miembros de cada una de las cámaras.

Por Ley N° 8.927 de 1932 se reconoció el derecho al voto activo y pasivo de la mujer tanto en materia nacional como municipal.

La Constitución de 1934 reconoce que son ciudadanos naturales todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio nacional.

Las mujeres votaron por primera vez en las elecciones de 1938.

Nuestro país no cuenta con una ley de cupos o cuotas que asegure una determinada proporción de participación de la mujer en el gobierno.

Si bien en nuestro país llegó a presentarse un proyecto de ley sobre esta temática, el mismo no fue aprobado.

Sobre el tema, ver: Pérez Pérez, Alberto, Acciones afirmativas. La legislación sobre cuotificación por sexo, en: II Curso para Graduados, Nuevas reflexiones sobre género, derecho y ciudadanía, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Tercera Serie N° 11, F.C.U., Montevideo, 2003; Saettone, Mariella, Derechos de la

Algunos autores agregan otra característica: las medidas de “discriminación inversa o positiva”, tratan desigualmente (perjudicando) a las personas que no integran el colectivo tradicionalmente rezagado y al que la medida beneficia, y por esta sola circunstancia de no pertenencia (26). Este aspecto es el que ha provocado la discusión sobre su constitucionalidad.

5. Algunos ejemplos de acciones positivas a nivel legislativo

A nuestro modo de ver, el Uruguay ha adoptado normativa que incluyen acciones positivas.

Sólo citaremos algunos ejemplos a nivel legislativo.

Entre otras: la aprobación de las siguientes leyes: Ley N° 18.104 (declaración de interés general de actividades orientadas a la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres en la R.O.U.), Ley N° 17.930, art.377 y Ley N°16.226, art. 234: creación del Instituto Nacional de las Mujeres, Ley N° 17.866 de creación del Ministerio de Desarrollo Social, Ley N° 17.817 de Lucha contra el racismo, la xenofobia y la discriminación, Ley N° 17.724, que aprueba la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, Ley N° 17.338 que aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6.10.1999, Ley N° 17.330 que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Ley N° 16.735 que aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Ley N° 16.095 sobre ocupación en la función pública de personas impedidas, Ley N° 16.063 que aprueba los Convenios Internacionales N° 100 (respecto a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor), N° 111 (relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación), N° 156 (sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares), Ley N° 16.045 sobre prohibición de toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en cualquier sector, la Ley N° 15.892 que aprueba la Convención Interamericana contra el apartheid en los deportes, Decreto-Ley N° 15.164 que aprueba la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la enmienda aprobada por Ley N° 17.679, etc.

6. CONCLUSIONES

- El tema de las acciones afirmativas se ubica dentro de un contexto más amplio y complejo: el principio de igualdad, el que, a su vez, presenta estrechas vinculaciones con el principio de dignidad humana y las nociones de democracia, libertad, equilibrio y justicia social.

Mujer – Participación política, en: *Noveno Coloquio de Derecho Público Homenaje al Profesor Héctor Gros Espiell*, Editor José Aníbal Cagnoni, Montevideo, 2003.

(25) Cfe. Ruiz Miguel, Alfonso, ob. cit.

- El principio de igualdad importa diferentes dimensiones: la igualdad jurídica estricta o formal, esto es, la igualdad de trato ante la ley y la desigualdad compensatoria, vale decir, la admisión de la desigualdad real o de punto de partida para llegar a una efectiva situación de mayor igualdad o al menos de eliminación de desigualdades indignas.
- En nuestro Derecho la igualdad material o real se ha procurado a nivel constitucional a través la consagración del Estado Social de Derecho, básicamente por medio de la incorporación del Capítulo II de la Sección II (derechos económicos, sociales y culturales).
- Las acciones afirmativas tienen su origen en el sistema norte americano, esto es, en un Estado Liberal de Derecho y se extiende al sistema europeo, constituyendo instrumentos empleados por los poderes públicos a través de los cuales se procura lograr la igualdad real de grupos que se encuentran en desventaja frente a otros, en el caso europeo, enfocado, especialmente, hacia la igualdad de género.
- Se tratan de medidas compensatorias de carácter transitorio, esto es, no permanente.
- En la doctrina y jurisprudencia, en general, se admite la constitucionalidad de las acciones positivas, entendiendo que suponen desarrollos para lograr una mayor igualdad real.
- No existe consenso, en cambio, acerca de la legitimidad constitucional de una especie de medidas o programas de acción positiva, las llamadas de discriminación inversa o positiva, las que, respecto de bienes escasos, favorecen al grupo históricamente rezagado, a la vez que, agregan algunos autores, imponen restricciones a los terceros que no pertenecen al colectivo que se beneficia. Este último aspecto es el que ha provocado la discusión acerca de su constitucionalidad.
- En nuestra opinión, calificar a priori a estas medidas de discriminación positiva o inversa de inconstitucionales pareciera exagerado. Habrá que analizarlas caso por caso para determinar si existe –o no– violación al principio de igualdad. Obsérvese, asimismo, que la legislación por grupos o clases es, en general, considerada legítima en base a la adopción del principio aristotélico de igualdad y siempre que la clase esté construída razonablemente.
- En nuestro país se detecta la aprobación de normativa que incluye acciones positivas. Si las mismas permitirán alcanzar mayores niveles de igualdad real, es un aspecto que deberá ser analizado y evaluado, sobre todo, por parte de otras disciplinas, especialmente, por las ciencias sociales.