

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1997

HOMENAJE
A
ISAIAH BERLIN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

1997

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 15
1997

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, de Antofagasta, de Concepción, de Las Condes, de Chile, de Valparaíso, del Mar, Diego Portales y La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1997

HOMENAJE
A
ISAIAH BERLIN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

D I R E C T O R I O

(1997 - 1999)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

La *Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 15, correspondiente al año 1997. Los 15 volúmenes de este *Anuario* han sido publicados, ininterrumpidamente, desde 1983 a la fecha, y pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

Al presente número 15 se le ha dado el título de *Homenaje a Isaiah Berlin*, dado que la segunda de sus secciones contiene diversos testimonios y trabajos en memoria de este pensador, muerto el 6 de noviembre de 1997.

Además de la sección en homenaje a Berlin, este número 15 contiene secciones de *Estudios, Traducción, Comentarios y Discursos, Recortes de Prensa, y Recensiones*.

En la primera de tales secciones se contiene un conjunto de artículos sobre temas diversos de filosofía jurídica, política y social.

En la parte de *Traducción* se incluye el texto "Rawls: filosofía política sin política", de Chantal Mouffe, cuya versión castellana debemos a Aldo Valle Acevedo.

Seguidamente, en *Comentarios y Discursos* se incluye un texto de Fernando Quintana sobre la obra de Sebastián Soler, así como unas palabras sobre el fenómeno de la globalización, pronunciadas por Agustín Squella, en 1997, con motivo del acto inaugural de un seminario sobre el impacto de la globalización en la educación superior.

La parte llamada *Recortes de Prensa* reproduce diversos comentarios aparecidos en la prensa sobre ensayos de interés que en 1997

RECENSIONES

“más o menos brillante cultura de adorno, por lo general benévola mente tolerada por los juristas, aunque no sin un cierto desprecio”. Ello se debe en parte, agregaría yo, a sus propios cultores que, como señala ahora Manuel Atienza, suelen dedicarse “a un tipo de especulación cerrada en sí misma y que no consigue conectar —si es lo que procura— con la labor y experiencia de los teóricos, los prácticos o los simples usuarios del derecho”. Muy lejos de eso, la Filosofía del Derecho puede perfectamente ser, como sigue diciéndonos este último autor, “un saber práctico y útil en la medida en que logre dirigir o, por lo menos, facilitar, los intercambios entre los saberes y prácticas” relativos al derecho; o, como afirma, por su parte, Luis Prieto Sanchís, “si enseña al jurista —aunque sea de un modo indirecto, me atrevo a agregar— a hacer mejor lo que venía haciendo y no pretende que haga cosas distintas”. Echando mano a la muy conocida distinción elaborada por Norberto Bobbio, la Filosofía del Derecho puede resultar seguramente mucho más fructífera si se la concibe como una “filosofía de juristas y para juristas” y no como una “filosofía de filósofos y para filósofos”. Una obra como la que comentamos puede constituir también, creo yo, una contribución en esa línea, pero para ello debe ser capaz de atraer, aunque no sea en una medida demasiado impresionante, la atención —a menudo excesivamente sumergida en el “cortoplacismo”— de quienes trabajan diariamente con el derecho.

*Claudio Oliva Ekelund **

* El autor es Ayudante de Filosofía del Derecho y cursa actualmente el Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

MARIA ANGELES BARRERE UNZUETA: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid, Civitas, 1997.

La autora, María Angeles Barrere Unzueta, es Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Donostia - San Sebastián de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Y la obra que se comenta es el resultado de un Proyecto de Investigación titulado *Igualdad Jurídica y discriminación por razón de sexo* emprendido por un equipo docente de la Facultad de la que pertenece la autora.

Su obra se construye sobre la base de dos supuestos:

1) La existencia de una política europea en favor de la igualdad de las mujeres (o, simplemente, acción positiva) que en los últimos años parece haber adquirido un lugar en la institucionalidad o, como dice la autora, “carta de legitimidad jurídica” (1).

2) El hecho de que dicha política no está plenamente consensuada ni definida, sino que “sigue resultando un tema polémico y necesitado de clarificación” (2) en tanto lo que subyace a ella es la defensa de distintas concepciones de la justicia y la igualdad. Polémica que, además es alimentada por confusiones conceptuales re-

1. Barrere Unzueta, María Angeles: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid, Civitas, 1997, pág. 15.

2. *Ibidem*.

flejadas en el uso poco claro de cierta terminología (en su mayoría acuñada en Estados Unidos para su realidad social, política y jurídica) adaptada acríticamente por la cultura jurídica y el Derecho Europeo desde Estados Unidos. Lo que ha producido dos efectos: *confusión* y *desidia* en la búsqueda de vías propias de acción positiva. Todo lo cual queda claramente demostrado en una decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea del 17 de Octubre de 1995 relativa al llamado caso *Kalanke*.

A partir de ahí, la autora elabora su obra para ofrecernos, en general, una teoría clarificadora de la acción positiva. Dentro de ella, el lector interesado puede encontrar:

- 1) Una clarificación del concepto discriminación.
- 2) Una clarificación del concepto Derecho antidiscriminatorio.
- 3) Una exposición de nociones confusas usadas en el desarrollo de la política en favor de la igualdad de las mujeres.
- 4) Una mención especial de las particularidades de la acción positiva en el área del Derecho europeo.
- 5) Un comentario teórico-doctrinal de la sentencia del caso *Kalanke* para mostrar "cómo el sexismo sesga también las interpretaciones de textos jurídicos relativos, precisamente, a acción positiva" (3) aún cuando se amparen en el uso de la razón.

I. CONCEPTO DE DISCRIMINACION

En lo que respecta a su análisis del concepto discriminación, la autora lo desarrolla en el apartado segundo de su obra, después de la Introducción, y en él refiere tres cuestiones específicas, a saber:

1. Hace una clarificación terminológica básica.
2. Devela los conceptos de discriminación que se usan tanto en el lenguaje político como en el discurso jurídico moderno.
3. Expone las distintas formas en que puede manifestarse la discriminación.

3. Op. cit. (1), pág. 18.

1. Clarificación terminológica básica:

La autora inicia su análisis señalando que el sentido originario simple del término equivale a *distinguir*, *diferenciar*, es decir, corresponde a un uso neutro del mismo sin connotación positiva o negativa. Pero que, el sentido actual del término discriminación en el discurso jurídico del siglo XX tiene connotaciones peyorativas que acercan su significado al de palabras como parcialidad, prejuicio, favoritismo, fanatismo o intolerancia y que, en definitiva, lo hacen significar *distinguir o diferenciar para mal* o "negativamente" (4), como dice la autora.

Entendida en este último sentido, la discriminación tiene las siguientes características:

- a) Admite dos acepciones: una amplia y otra restringida. En sentido amplio, la discriminación se entiende como un fenómeno social. En sentido estricto, ella alude a un fenómeno jurídico específico, esto es, a la "cualificación normativa negativa de dicho fenómeno social" (5).
- b) Es elástica, en el sentido de que varía según el tiempo, lugar e incluso según la persona de que se trate.
- c) Es *graduable*, puede ser practicada con diferente intensidad.
- d) Es un concepto cultural, característica con lo cual se quiere establecer que no hay nada que resulte discriminatorio, como dice la autora, "por lógica" o "por naturaleza" (6). Así, lo *lógico y natural* en un momento, como por ejemplo, la elección de dar estudios universitarios al hijo ante la disyuntiva de financiarlo a él o a una hija mujer, hoy sería mayoritariamente tachada de práctica discriminatoria (7).

2. Conceptos de discriminación utilizados en el discurso político y jurídico moderno:

En este punto, la autora distingue las concepciones que se usan en el ámbito político de las que se utilizan en el discurso jurídico

4. Ibidem. Pág. 19.

5. Ibidem. Pág. 20.

6. Ibidem. Pág. 21.

7. Ibidem.

pues, en el primero —en el discurso político— se maneja un concepto amplio que entiende por discriminación la acción que desfavorece sobre bases irrelevantes, e *indistintamente*, a una persona o a un grupo de ellas, mientras que, en el segundo —en el discurso jurídico— se emplean dos conceptos: uno amplio y otro restringido. En el primero, discriminación equivale a desigualdad *tout court*, lo que le hace coincidir con la infracción de la concepción originaria de la igualdad jurídica que, como es sabido, se basa en el individuo, entendido en estricto rigor, como individuo de sexo masculino, de raza blanca y propietario. En el segundo, discriminación equivale a desigualdad que procede del mal (llámese éste, prejuicio, intolerancia o fanatismo) y que es la que preside odiosas diferenciaciones o clasificaciones grupales; concepción ligada, entonces, a la idea de grupos o colectivos. Según la autora, esta última es la que prima actualmente.

3. Formas de manifestación de la discriminación:

Termina la autora este primer tema develando y sistematizando, en forma de binomios, los diferentes tipos de discriminación que son socialmente reconocibles y analíticamente separables según se ponga el énfasis en uno u otro de sus elementos o, en la forma de manifestarse, y cuya distinción es común en la teoría política. Tales tipos son:

- a) Discriminación directa e indirecta.
- b) Discriminación deliberada e inconsciente.
- c) Discriminación individual y grupal.
- d) Discriminación inversa.

A todos ellos se refiere la autora, mucho más allá del mero afán expositivo o sistematizador, por constituir los mismos distintas formas en que se manifiesta la discriminación, y por ser, en consecuencia, tipos que facilitan el reconocimiento o identificación de las prácticas discriminatorias.

En relación a cada uno de ellos nos dice:

a) Con base en CAMPBELL⁸, explica que la discriminación es directa si el trato irracional desfavorable se efectúa explícitamente,

8. Campbell, T.: "Sex Discrimination: Mistaking The Relevance Of. Gender" en Sheila Mac Lean y Norcen Burrows (ed): *The Legal Relevance Of. Gender*. Macmillan Press, London, 1998.

esto es, sobre la base de un criterio que define expresamente al tipo de persona que resulta discriminada, y que es indirecta, si el trato irracional desfavorable se hace implícitamente, esto es, usando un criterio que no es discriminatorio pero que igualmente produce el efecto desfavorecedor. Y ejemplifica, de modo muy clarificador, uno y otro caso.

b) Sobre la discriminación deliberada o, alternativamente, inconsciente, poco añade —porque poco cabe añadir— al significado lexical. Pero sí cuida de aclarar, sobre la discriminación directa y la indirecta, que ambas pueden ser tanto deliberadas como inconscientes y que no conviene identificar, como suele hacerse, lo directo con lo deliberado y lo indirecto con lo inconsciente pues ello nos hace reducir teóricamente las posibilidades de discriminación y, es perfectamente posible, como ella bien lo ejemplifica en su obra, encontrar situaciones de discriminación indirecta consciente.

c) En relación a la discriminación individual y/o grupal, se ocupa principalmente de exponer los problemas de identificación, que se dan en relación a las discriminaciones grupales que son las que afectan a determinados grupos sociales en relación con otros (por ejemplo, a los negros en relación con los blancos, a las mujeres en relación con los hombres, a los extranjeros en relación con los nacionales, etc.) tanto por razón de la imprecisión teórica del concepto de grupo social como por que este tipo de discriminación, no obstante ser grupales, se manifiestan o perciben como individuales. Por ejemplo, en el caso de la discriminación de la hija en favor del hijo ante la decisión de los padres de a quien financiar la educación universitaria, caso en el que se puede presumir que si a la hija no se le permite estudiar es porque es *la hija*, es decir, porque pertenece al *grupo mujeres*, que no es el que socialmente tiene asignado prioritariamente el rol de manutención, atención y cuidado familiar.

También se ocupa la autora de exponer otras dos dificultades que, a nuestro juicio, son más relevantes en nuestro ámbito. Tales son:

Primero, los problemas de identificación plena de la discriminación grupal que existen en tanto ella afecta no a grupos *en abstracto*, sino a grupos *concretos*. Cuestión que no se refleja claramente en los textos jurídicos pues ellos lo que hacen es consagrar la igualdad y prohibir toda discriminación por razón de raza, sexo, religión,

etc., en términos abstractos, "ocultando" (9) que la discriminación no afecta al sexo, a la raza, o a la religión, sino que al sexo femenino, a la raza negra, a la etnia gitana, a la religión judía, etc.

Segundo, la especial situación de la discriminación que afecta al sexo femenino, porque ella convive, se añade, es "un plus" (10) al resto de las otras posibles discriminaciones. Lo que la hace dimensionarse como una discriminación más fuerte, más *pesada*. Aclara la autora que, en el caso de la discriminación que afecta al sexo masculino, pueden evidentemente concurrir muchos motivos para ella, pero por muchos que sean, siempre habrá uno menos de los que afectarán a las mujeres en las mismas circunstancias.

No termina su análisis de la discriminación grupal, sin añadir que la discriminación femenina, además de presentar ese rasgo de *plus* propio o diferenciador de otras, se distingue también de ellas porque afecta no a un grupo minoritario, que es lo característico, sino que a un grupo mayor o igual que el discriminador; y porque el prejuicio en que se basa (*las mujeres necesitan de trato protector y diferente de acuerdo a su especial naturaleza*), está revestido de un carácter benigno (se base en un bien, no en un mal) y, por ende, aún necesita romper con roles y estereotipos que han sido y son permanentes, para ser plenamente asumida o reconocida como lo que es: una discriminación en el sentido político y jurídico moderno del término.

d) Dentro de la tipología discriminatoria, lugar destacado da la autora a la discriminación *inversa* o también llamada *positiva* por una razón muy sencilla y clara: le interesa conceptualizarla, y luego, distinguirla a ella y a su conocida "mala fama" (11), de otras medidas antidiscriminatorias que se conocen con el nombre de *acciones positivas*, y que la autora teme se puedan ver contagiadas por la misma contestación moral o jurídica que ha recibido la discriminación *inversa*.

9. Op. cit. (1), pág. 28.

10. Ibidem.

11. Op. cit. (1), pág. 32.

Nos recuerda, aludiendo al conocido caso *De Funis* que relata Dworkin en *Los derechos en serio*, que discriminación inversa se llama a una "serie de actuaciones normativas *de favor*, de carácter temporal o transitorio encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico, de determinados grupos o colectivos, que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de participación social" (12). Y que como consecuencia, produce un efecto discriminatorio en individuos que no pertenecen a esos grupos y que no sienten un deber ni moral ni jurídico de pagar con su caso la discriminación grupal de los otros. Premisa a partir de la cual puede entenderse —pero no necesariamente compartirse— la *mala fama* que se han ganado las prácticas de este tipo. Las que, sin embargo, —y ello es interés especial de la autora— no pueden ser confundidas con las *acciones positivas*, a cuyo análisis particular se dedica más adelante.

II. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Al inicio de este segundo tema —que corresponde al apartado tercero de su obra— la autora se permite precisar algo que, si bien ella misma califica de obviedad resulta imprescindible señalar, a saber: la inclusión en los textos constitucionales de la prohibición de la discriminación "no actúa a modo de alquimia que transforme coherentemente todo el Derecho positivo en antidiscriminatorio, o simplemente, en no discriminatorio" (13).

Consecuentemente —y esto es lo que a la autora le interesa precisar y resaltar— dos hechos son claros y no pueden ser olvidados:

1. El Derecho positivo es una instancia discriminatoria, es decir, es *productor de discriminación*, y

2. Se debe reconocer y actuar en contra de las discriminaciones sociales (estructurales, institucionales) existentes. De lo contrario, el Derecho se convierte, además, en una instancia *reproductora o consolidadora de discriminación*.

12. Ibidem, pág. 30

13. Ibidem, pág. 34.

Por lo tanto, concluye la autora, el Derecho puede discriminar por *comisión y por omisión*, precisión que ella estima particularmente importante al abordar el tema del origen del concepto de Derecho antidiscriminatorio. No señala en esta oportunidad por qué ello es relevante, pero es obvio que resulta importante conocer de partida cuáles son las formas posibles de discriminación jurídica, pues así se tendrá claridad meridiana de cuáles son las ineludibles áreas en las que debe desarrollarse la acción de este Derecho. Ello es la razón que lleva a la autora a explicitar, en el apartado tercero de su obra, cuál fue el origen del Derecho antidiscriminatorio y cuáles sus vías de acción allí donde se ha desarrollado.

Pues bien sentada esta idea matriz, pasa a referirse a su origen, primero, en los Estados Unidos de Norteamérica y, segundo, en Europa.

Vamos pues a ello:

1. *Su origen en el Derecho estadounidense*

El origen del Derecho antidiscriminatorio moderno o contemporáneo en los Estados Unidos de Norteamérica la autora lo sitúa a finales de la Segunda Guerra Mundial, explicitando que se encuentra vinculado a las particularidades sociales, jurídicas y políticas de aquel país toda vez que se inicia asociado al factor raza y se extiende luego, en la década de los sesenta, a los problemas generados por el color de piel, la religión, el origen nacional y el sexo, expandiéndose, aún más, en una tercera etapa —no del todo exitosa— hasta incluir los conflictos acaecidos por razón de edad, orientación sexual, discapacidad, status marital y riqueza.

Con posterioridad, identifica cuáles son las principales fuentes del mismo en este país, a saber:

a) La *Civil Rights Act* de 1964 (o Ley de Derechos civiles) destinada, primordialmente, a generalizar el derecho a voto y a combatir la discriminación fundada en la segregación racial.

b) La *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 destinada a combatir la discriminación laboral específicamente de minorías y mujeres.

c) La *Civil Rights Act* de 1991 en el mismo ámbito de actuación.

d) La *Equal Protection Clause* (o Cláusula de Igual Protección) contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.

e) La Doctrina del Tribunal Supremo, intérprete y aplicador máximo de los citados textos.

f) Las *Executive Orders*, a través de las cuales los Presidentes de la Nación ejercen sus privativos poderes jurídicos institucionales. Por ejemplo, la *Executive Order* N° 10.925 de 1961 del Presidente J. F. Kennedy y la *Executive Order* N° 11.246 de 1965 del Presidente L. B. Johnson. Ambas declaran ilegal la discriminación de las minorías raciales en los contratos firmados por la administración, pero la última, además, instituye la *Office of Federal Contract Compliance* con el fin de reforzar la cláusula de no discriminación.

g) La legislación pertinente de los diferentes estados, particularmente en el ámbito laboral.

Hecha esta identificación de fuentes, la autora precisa que el Derecho antidiscriminatorio contenido en todos esos textos se compone de acciones normativas antidiscriminatorias de, a lo menos, dos grandes tipos:

a) Las acciones normativas antidiscriminatorias destinadas a *identificar o detectar* la discriminación, en cualquiera de sus formas, y

b) Las acciones normativas antidiscriminatorias que tienen por fin *eliminar* la discriminación socio-estructural, aumentando con ello la presencia o participación de los grupos discriminados.

Entonces, si bien no se puede hablar de una separación tajante, la autora postula la existencia de dos grandes tipos de Derechos Antidiscriminatorios: el de *detección* y el de *eliminación* del fenómeno.

El primero, el *Derecho antidiscriminatorio de detección* es la labor fundamental del poder judicial, concretamente, del Tribunal Supremo. Y, a él pertenecen las doctrinas elaboradas precisamente por este Tribunal que se conocen con el nombre de *disparate treatment* y *disparate impact* (asimilables en el ámbito europeo a las categorías de *discriminación directa e intencional* y *discriminación indirecta*, respectivamente).

El segundo, el *Derecho antidiscriminatorio de eliminación* es tarea de los poderes normativos en sentido estricto, fundamentalmente de la Administración. Y, a él pertenece la actuación normativa co-

nocida con el nombre de *affirmative action policy* (o *política de acción positiva*, en una traducción no literal, que refleja más propiamente su real sentido).

En virtud de esta distinción, la autora ocupa el apartado segundo de su obra en referir qué son o en qué consisten estos tres núcleos básicos de contenido del Derecho antidiscriminatorio:

En relación al *disparate treatment* y el *disparate impact*, la autora explica que se trata de teorías generales sobre variantes conceptuales de la discriminación elaboradas por el Tribunal Supremo dentro de su trabajo de clarificación de lo que constituye la discriminación prescrita por el Título VII de la *Civil Rights Act*. Aclara que se trata de elaboraciones complejas y complicadas acerca de diferentes formas de discriminación, y no de simples dos nuevos conceptos de la misma.

En efecto, el *disparate treatment* es el nombre que recibe la teoría por medio de la cual se identifica la forma intencional o directa de discriminación que constituye un atentado a la igualdad de trato, y se establece que ésta puede ser general (el *systemic disparate treatment*) como individual (el *individual disparate treatment*). Igualmente se establece que la discriminación intencional sistemática, puede reconocerse por ser así *anunciada*, es decir por ser explícita, o bien, por ser el *resultado* de una práctica general, esto es por ser, implícita.

A través de la teoría del *disparate impact*, en cambio, se identifica como un atentado a la igualdad, pero esta vez, no de trato, sino de oportunidades, aquellas formas de discriminación, que no teniendo como base acciones intencionales o directas, indirectamente, a través de la adopción de medidas, en principio igualitarias, producen un resultado, un efecto último o unas consecuencias, discriminatorias.

A su respecto la autora no olvida mencionar la dificultad teórica, y también práctica, que existe para diferenciar tal figura del *systemic disparate treatment* basado en el resultado y la incidencia que ello tiene en los Estados Unidos en materia de carga de la prueba de la intencionalidad de discriminar. Así como tampoco omite señalar el caso *Griggs vs. Duke Power Company* como aquél a raíz del cual el Tribunal Supremo inicia la teoría del *disparate impact* y

empieza a considerar si las prácticas en las contrataciones empresariales son o no discriminatorias en términos de *efectos* o *consecuencias* y, lo que es más importante, a realizar esa valoración, *al margen* de la existencia o inexistencia de la intencionalidad discriminatoria en el empleador, lo que constituye la máxima virtud antidiscriminatoria de esta teoría.

En relación a la *affirmative action policy*, la autora hace un desarrollo más lato, que involucra los siguientes puntos:

* Su origen normativo, que se halla en el Título VII y el Título VI de la *Civil Rights Act* de 1964 para el desarrollo de la misma en el ámbito laboral y en el campo de la enseñanza en relación a actividades financiadas con fondos federales, respectivamente.

* Su fundamento teórico, que encontramos en el respeto por la igualdad de oportunidades y la teoría elaborada a raíz de la práctica del *disparate impact* que es la que autoriza o legitima las prácticas de *cuotas antidiscriminación* y los *tratos preferentes* destinados a acabar con ella. Que es en lo que, en términos gruesos, consiste la *affirmative action*. Lo que la define, entonces, más bien como una acción a favor de los derechos de los grupos y de la igualdad en los resultados, más que en una acción tendiente a la igualación de los derechos de los individuales.

* Precisamente, en relación con lo que sea la *affirmative action*, refiere también la autora la falta de una definición normativa clara y, más aún, la inexistencia de consenso social y jurídico acerca de su significado. A raíz de lo cual, introduce en su trabajo dos cuestiones significativas:

Primero, la difícil —y loable— tarea de determinación del sentido y límites de la *affirmative action* que rece sobre los jueces, y el constante “ejercicio de equilibrio”¹⁴ —como lo llama la autora— que ellos han de estar realizando en relación a la determinación de la legalidad o ilegalidad de los programas de acción positiva instaurados por diferentes entidades en el ámbito educacional o del empleo. Cuestión que ilustra bien con la mención, entre otros, del significativo caso *Bakke*. Y segundo, la variabilidad y diversidad his-

14. Ibidem, pág. 49.

tórica del contenido de esta política antidiscriminatoria, atribuible tanto al cambio de criterio de las autoridades ejecutivas como de los jueces de la nación. Mencionando como hitos relevantes en este sentido, al menos, cinco etapas históricas reconocibles, a saber:

* La etapa inicial de la *affirmative action*, en la que ella tiene un significado genérico equivalente, lisa y llanamente, a *política antidiscriminatoria*, y que halla su origen en las primeras *Executive Orders* dictadas, en 1961 y 1965, por los Presidentes J. F. Kennedy y L. B. Johnson, respectivamente. Por medio de ellas el ejecutivo norteamericano prohíbe la discriminación de las minorías raciales en los contratos firmados por la Administración y obliga a los empresarios que contraten con ella, por un monto superior a los cincuenta mil dólares, a implementar planes de acción positiva a favor de dichas minorías. Las mismas fuentes fueron enmendadas en 1967, para incluir también la prohibición de la discriminación sexual y compeler a acciones positivas, ahora a favor de las mujeres.

* Una segunda etapa —que habrá de corresponder a los años setenta, aunque la autora no lo precisa— en la cual la *affirmative action* se amplía y diversifica al punto de que la doctrina judicial puede llegar a distinguir, como efectivamente lo hace, tres tipos distintos de programas de acción positiva, a saber: los *blandos (soft)* que “anuncian oportunidades a todos los segmentos de la población sin fijarse en la raza o el género” (15); los *enérgicos (aggressive)* que “en cuanto dirigidos a un resultado, asignan un *plus* a determinadas minorías o mujeres en competición con la población en general, si bien no excluyen totalmente a quienes no forman parte de tales grupos del porcentaje de puestos o beneficios en cuestión” (16), y finalmente, los *rompedores (hardball)* que son aquéllos que establecen una preferencia *absoluta* hacia los miembros de los grupos señalados, si bien requieren que un administrador de los programas compruebe que las personas pertenecientes a tales grupos han resultado efectivamente *victimizadas*” (17).

15. Ibidem, pág. 44, cita N° 45.

16. Ibidem.

17. Ibidem.

* Una tercera etapa que se sitúa a comienzos de los años ochenta, en la época presidencial reaganista, en la cual todos los esfuerzos anteriores muestran una notoria baja y la idea matriz es la no potenciación o fortalecimiento de esta política, es decir, la actitud pasiva.

* Una cuarta etapa que se desarrolla a finales de la década de los ochenta, reimpulsa la *affirmative action* gracias a la labor constante y notoria del Tribunal Supremo que se dedica a confirmar y extender la acción positiva a través de la doctrina que implanta en sucesivos fallos. Entre ellos, aquél que la autora refiere explícitamente por ser el único caso en el que el Tribunal Supremo norteamericano se ocupa de la acción positiva a favor de las mujeres y que, en razón de ello, posteriormente va a tener influencia en Europa. Tal es, el recaído en el asunto *Johnson vs. Transportation Agency* y pronunciado en el año 1987.

* Finalmente —y con ello concluye la autora su referencia al origen del Derecho antidiscriminatorio en los Estados Unidos de Norteamérica y pasa a referirse a lo mismo en el ámbito europeo— María Angeles Barrere precisa que en el Derecho antidiscriminatorio estadounidense se inicia otra etapa a partir del caso *Johnson* recién mencionado, la que constituiría una quinta etapa histórica que se extiende desde ese último caso referido por la autora hasta, al menos, el año 1995. En esta quinta etapa de su evolución la nota característica es precisamente la contraria, la involución, pues se estima que la jurisprudencia del Tribunal Supremo conduce al *roll back*, a la vuelta atrás, sino incluso a la eliminación de los programas gubernamentales de acción positiva. Situación que es explicada por la autora en sus notas fundamentales refiriendo una sentencia paradigmática: la dictada por el Tribunal Supremo el 12 de junio de 1995 en el caso *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña, Secretary of Transportation*.

2. El Derecho antidiscriminatorio en el ámbito europeo

La autora fija como fuentes fundamentales del Derecho antidiscriminatorio europeo el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957, que recoge explícitamente el deber de cada Estado de garantizar la aplicación del “principio de igualdad de retribución entre los

trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo”, primera norma europea supraestatal de efecto directo, tendiente a eliminar una desigualdad concreta (de retribución) basada en el sexo y, por lo tanto, reconocedora implícitamente del concepto de discriminación grupal. Así como el artículo 177 del mismo Tratado en relación a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación al acceso al empleo y condiciones de trabajo. Y, con base en esas normas, identifican también como fuentes de este Derecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que desarrolla el concepto de discriminación haciendo referencia implícita a sus diferentes tipos.

De esta jurisprudencia la autora hace expresa mención de los siguientes fallos:

* En relación al artículo 119 del Tratado de Roma referido a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres:

a) Sentencia del 8 de abril de 1976 recaída en el caso *Defrenne II* que distingue entre discriminaciones *directas* y *manifiestas e indirectas y ocultas* y declara aplicable directamente el artículo 119 tratándose de una discriminación directa.

b) Sentencia de 27 de marzo de 1980 relativa al caso *Macarthy Ltd. vs. Wendy Smith* que confirma que el artículo 119 del Tratado se aplicará directamente, esto es, sin necesidad de normas más detalladas o medidas nacionales o comunitarias para su ejecución, a todas las formas de discriminación directas y manifiestas, susceptibles de ser constatadas con la sola ayuda de los criterios de identidad del trabajo e igualdad de remuneración recogidos en el citado artículo.

c) Sentencia del 11 de marzo de 1981 referente al caso *Worringham y Humphers vs. Lloyds Baux Ltd.* que confirma el criterio anterior de aplicación directa del artículo 119, pero esta vez, eliminando la referencia a la forma de la discriminación. (*directas y manifiestas*).

d) Sentencia del 31 de marzo de 1981 recaída en el caso *Jenkins vs. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* en la que ya no se emplean los términos *discriminación directa ni discriminación indirecta*, pero se extiende el efecto de aplicación directa del artículo

119 que correspondía a las discriminaciones del primer tipo, a un caso de discriminación indirecta por razón de sexo.

e) Sentencia del 13 de mayo de 1986 relativa al caso *Bilka - Kauhans Gmbh. vs. Karin Weber Von Hartz* que resulta relevante por cuatro razones que la autora resume de la siguiente manera: primero, en ella “se teoriza la infracción del artículo 119 del Tratado al margen de la intencionalidad”; segundo, “se toma en cuenta el impacto estadístico de las medidas [que se denuncian como discriminatorias] a la hora de presumir la infracción”; tercero, “se atribuye a la empresa la carga de la prueba en contra de dicha presunción, que ha de estar basada en factores objetivos”; y cuarto, “se exige, en el ámbito de esa prueba, que los factores aducidos resulten idóneos (proporcionales) y necesarios en orden a los fines perseguidos” (18).

f) Sentencia del 13 de julio de 1989 recaída en el caso *Ingrid Rinner - kunh vs. Fww Spezial - Gebandereinigung Gunb H. E. Co. Kg* que reafirma la tesis de la aplicación directa del artículo 119 en casos de discriminación indirecta por razones de sexo.

* En relación al artículo 177 del Tratado de Roma referente a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación al acceso de empleo y condiciones de trabajo, sólo refiere la autora las sentencias del 8 de noviembre de 1980 recaída en el caso C-177/88 y la del 2 de mayo de 1994 relativa al caso C-421/92 (19) para ilustrar lo que a ello le parece más relevante: que ha sido necesario que el Tribunal de Luxemburgo salga del ámbito del artículo 119 y se sitúe en el 177 sobre la interpretación de la Directiva 76/207 del Consejo de Europa de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, para que haya podido desarrollar una caracterización de la discriminación directa. Tarea que el Tribunal realizó vinculando el embarazo de las mujeres con su sexo o, dicho de otro modo, estableciendo que la discriminación que su-

18. Op. cit (1), pág. 68.

19. Ibidem. Pág. 91, cita N° 70.

fren las mujeres por el embarazo es una *discriminación directa por razón de sexo*.

III. NOCIONES CONFUSAS UTILIZADAS EN LA POLÍTICA ANTIDISCRIMINATORIA EN FAVOR DE LAS MUJERES

Terminado un ilustrativo recuento jurisprudencial, la autora concluye el apartado tercero de su trabajo deteniéndose a analizar la complejidad evolutiva del Derecho antidiscriminatorio europeo en lo relativo a las nociones de discriminación indirecta e intencionalidad, haciendo expresa mención de cuáles son las principales oscuridades y confusiones conceptuales que al respecto existen, particularmente en lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere y, lo que es aún más importante, señalando los peligros que ello reviste para una plena y auténtica política antidiscriminatoria.

La misma línea teórica, la analiza, luego, en el trabajo del Tribunal Constitucional Español. En este punto hace referencia expresa a dos sentencias relevantes: la Nº 145 del 1º de julio de 1991 que es la que, por primera vez, acoge la idea de discriminación indirecta al margen de la intencionalidad, aunque no lo hace de un modo suficientemente claro, apuntando la autora cuáles son las principales deficiencias al respecto. Y la sentencia Nº 198 del 3 de diciembre de 1996 que confunde aún más las cosas al introducir, dentro de la idea de la discriminación indirecta, las nociones de discriminación *abierta* y *encubierta*, como subtipos de aquella.

Hecha esta exposición de las oscuridades y vaguedades conceptuales más relevantes, la autora introduce su crítica al estado actual del Derecho antidiscriminatorio europeo y boga por una revisión teórica y doctrinal del mismo, en particular, en lo referente a la tipificación de las discriminaciones y al papel que en ello juega el factor *intencionalidad* pues "la discriminación sexual exige un reconocimiento de existencia independiente de cualquier juicio de intenciones" (20) y, por ende, "su conceptualización ha de plantearse al margen de cualquier averiguación sobre los móviles *reales* o *presuntos*" (21).

20. Ibidem. Pág. 76.

21. Ibidem.

Finalmente, la autora nos introduce en el área de las *acciones positivas* (la *affirmative action* norteamericana) dentro del Derecho europeo para preparar la entrada al apartado cuarto de su obra referido, en particular, a *La acción positiva a favor de las mujeres*.

En relación a ellas, sitúa su fuente en el artículo 119 del Tratado de Roma, ya mencionado, y en la Directiva 76/207 de la Comunidad Económica Europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y condiciones de trabajo, también señalada con anterioridad, texto legal que es la fuente directa de la acción positiva en favor de las mujeres en el ámbito europeo, en particular sus artículos primero y segundo, apartado cuarto.

Esta última norma, es la que define que la acción positiva a favor de las mujeres en el ámbito europeo, tenga dos objetivos fundamentales, a saber:

1. Promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
2. Corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres.

A partir de ahí, María Angeles Barrere sienta las diferencias que esta específica parte del Derecho antidiscriminatorio europeo tiene con similar área normativa en los Estados Unidos de Norteamérica. Tales son: el carácter voluntario de su práctica; la fijación de sus objetivos en las mujeres; la determinación de cuáles son sus objetivos: uno de *promoción de igualdad* y otro de *corrección de desigualdades*; y finalmente, su desarrollo tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, presentando una amplitud mayor en éste último ámbito, tanto en lo que se refiere a los instrumentos para realizarla como en lo referente a las materias a las que se extiende. Tal disparidad de desarrollo ha provocado no pocos roces y desajustes entre estos ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho comunitario y los mismos han tenido que ser resueltos por el Tribunal de Luxemburgo. Precisamente uno de tales desajustes normativos dio lugar al ya famoso caso *Kalanke* resuelto por este Tribunal en 1995, al que la autora hace especial mención en el último apartado de su obra.

IV. LA ACCION POSITIVA EN FAVOR DE LAS MUJERES

El apartado cuarto de su trabajo, lo destina la autora a profundizar en los entresijos de las fricciones conceptuales que se producen acerca de la acción positiva y, en particular, en la confusión que se produce entre ella y otro tipo de actividad antidiscriminatoria conocida con el nombre de *discriminación inversa*. Tal confusión es la que subyace en la polémica generada por el asunto *Kalanke*.

Particularmente, ella expone cuatro problemas teóricos centrales:

Primero, la falta de claridad acerca de las funciones que tendría y que se atribuyen a la acción positiva. *Promocionar* la equivalencia entre los hombres y mujeres y, compensar las discriminaciones sufridas, son dos opciones que se manejan. La autora las critica.

Segundo, los oscuros términos de la distinción entre la acción positiva y la *discriminación inversa o positiva* norteamericana, que como ya dejó establecido la autora en apartados anteriores, no tiene muy *buena fama*. Confusión conceptual que contamina a la acción positiva de ese mismo rechazo.

Tercero, la autora examina la falta de claridad que también se produce, como resultante de lo anterior, sobre la relación entre las acciones positivas, la discriminación inversa y las *cuotas y tratos preferentes*. Asimismo, la confusión existente entre los propios conceptos de *cuotas y tratos preferentes*.

En cuarto y último lugar, expone la errónea identificación de *las cuotas* sólo con la política de discriminación positiva o inversa, y, el calificativo de *malas* que tal asimilación le ha traído a las primeras. A raíz de ello, explicita la necesidad de clarificar por qué razones serían *malas* las medidas antidiscriminatorias consistentes en el establecimiento de cuotas, y si las mismas, serían o no tan distintas del concepto de *objetivos* que se plantean como la alternativa *buena*.

Planteados y expuestos estos cuatro problemas teóricos específicos, la autora concluye su análisis con una especial referencia a la situación de la acción positiva europea en materia de cuotas en el ámbito electoral, para confirmar lo que constituye la premisa central de su trabajo en este apartado, esto es: "la mala fama de las

cuotas, paradigma de la discriminación inversa, contagia indebidamente de ilegitimidad a la acción positiva" (22).

V. CASO KALANKE

En el último apartado de su obra, María Angeles Barrere hace un análisis de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo relativa al denominado caso *Kalanke*, y de la doctrina desarrollada a partir de ella. Parte de la base de que hasta ahora las instituciones y Derecho comunitario han favorecido, en términos generales, la política de igualdad de las mujeres, pero que precisamente con lo sentado en la sentencia de 17 de octubre de 1995, relativa a este caso, lo que el Tribunal europeo hace es poner en cuestión algunas manifestaciones de dicha política en la normativa de un Estado miembro (Alemania).

Su análisis de la sentencia se centra en esclarecer cómo el Tribunal pone límites a la acción positiva emprendida por un Estado miembro cuando ésta consiste en una medida de trato preferente del tipo de la llamada discriminación inversa o positiva, a saber: la concesión automática de preferencia a las candidatas femeninas a un empleo en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerándose que lo están cuando las mujeres cubren, al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría personal de que se trate.

El análisis doctrinario, por su parte, que focaliza en el trabajo de Manuel Atienza (23), se centra en destacar tanto el sexismo interpretativo que éste padece como la negativa contribución que ello significa en el marco de confusión ya existente en el Derecho antidiscriminatorio europeo.

VI. CONCLUSIONES

En el apartado sexto de su obra, titulado *Conclusiones*, la autora cierra su trabajo afirmando que la polémica generada por el caso *Kalanke* ha aumentado, aún más, los conflictos existentes. Sobre to-

22. Op. cit. (1), pág. 104.

23. Atienza, Manuel: "Un comentario al caso *Kalanke*" en *Cuadernos Jurídicos* N° 39, 1996.

do, porque la controversia que este asunto ha generado tiene su origen en presupuestos conceptuales que no han sido debidamente teorizados. Los mismos a los que ella hizo particular mención en el apartado cuarto de su obra, a saber: *acción positiva* en relación a *discriminación inversa*; éstas en relación a *cuotas y tratos preferentes*; y éstos en relación a *objetivos*. Razón que le lleva a concluir que gran parte de la polémica suscitada por este caso resulta estéril, y en definitiva, perjudicial a la acción antidiscriminatoria en favor de las mujeres.

Por lo mismo, a la autora le parece urgente una profunda revisión conceptual y terminológica del Derecho antidiscriminatorio, particularmente en lo que constituye la *acción positiva*, toda vez que es allí donde, en los últimos años se está sufriendo una involución o un repliegue por razón, no de sus objetivos que se siguen considerando legítimos, sino por el rechazo de algunos instrumentos o medidas utilizadas para llevarla a cabo, concretamente, las *cuotas* y los *tratos preferentes*.

Revisión que ella califica de urgente porque la tacha de ilegitimidad que padecen tales instrumentos de acción positiva le resulta falaz e injustamente perjudicial para la teoría y práctica de esta particular forma de acción antidiscriminatoria, principalmente porque —como ella misma dice— “las prácticas a las que dan cobertura tales denominaciones, dependiendo de la manera (condiciones y requisitos) en la que estén planteadas, pueden ser tan variopintas que no resulta de recibo pronunciarse sobre su legitimidad al margen de un análisis concreto y detallado de las mismas” (24).

La autora es muy clara en su sentencia final: rechazar las *cuotas* y *tratos preferentes* como medidas válidas de *acción positiva en favor de las mujeres*, sin un análisis concreto y detallado, no es una postura conceptual sino una toma de posición ideológica, individualista y sexista, solapada tanto en el lenguaje teórico o doctrinal como en el discurso interpretativo de las sentencias (25).

Paulina Gómez Barboza

24. Op. cit. (1), pág. 122.

25. Ibidem.

ALFREDO BULLARD GONZALEZ: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

“Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio”.

“... Se desarrollan actividades, que, por lo menos estadísticamente, tienen un coste de vidas humanas cierto. Se construye el túnel de Mont Blanc porque es esencial para el Mercado Común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilómetro de túnel construido. Utilizamos aviones y automóviles en vez de usar otros medios de transporte, más lentos pero más seguros. Quizá sea ilustrativo el hecho de que en vez de emplear las herramientas más seguras imaginables, usamos aquellas que lo son menos, porque —y esta no es una razón desdeñable— las primeras resultarían demasiado caras” (1).

Guido Calabresi

El coste de los accidentes

El análisis económico del Derecho puede ser definido como un método de estudio del fenómeno jurídico caracterizado, básicamente, por incorporar parámetros racionales u objetivos en la descripción, diseño y evaluación de las normas. La aplicación del método económico al Derecho pretende, en su dimensión positiva, describir el fe-

1. Guido Calabresi, “El coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, Barcelona, 1984, Editorial Ariel S.A., p. 35.