

## CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DE LOS TRATAMIENTOS NORMATIVOS DIFERENTES EN RELACION A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.



AMELIO PAUCAR GOMEZ\*  
MARGOTT G. PAUCAR ESPINOZA\*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS II. LEGITIMIDAD DE LAS DIFERENCIAS NORMATIVAS RELATIVAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES III. PARÁMETROS PARA DETERMINAR LA DIFERENCIA DE TRATO NORMATIVO IV. CLASIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE TRATO DIFERENCIADO. 1.- MEDIDAS DE IGUALACIÓN POSITIVA. 2.- ACCIONES POSITIVAS. V.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

### RESUMEN:

El presente estudio toma como punto de partida de su reflexión los principios de igualdad y de no discriminación formulados por el actual Estado constitucional. En torno a ello se plantea si resulta legítima la adopción de determinadas medidas legislativas cuya característica principal consiste en la utilización de tratamientos normativos diferentes encaminados a la consecución de la igualdad sustantiva. El punto de conflicto suele darse cuando dichas medidas como las denominadas acciones afirmativas, usan un trato normativo diferente que linda con la discriminación, razón por la cual un sector de la doctrina las ha llamado medidas de "discriminación positiva". En las líneas siguientes se señalan algunos de los criterios que permitirían catalogar como constitucionalmente legítima a un trato normativo diferente.

### ABSTRACT:

This paper takes the principles of equality and non-discrimination as they are formulated in the current Constitution as a point of departure in order to consider the legitimacy of certain legislative measures whose characteristic principle has consisted of the use of different normative treatments in order to obtain substantive equality. Conflict often arises when these measures, such as those known as "affirmative action" use a different normative treatment that borders on discrimination, which has led some legal thinkers to refer to them as "positive discrimination." In the following pages, we will explain some of the criteria that allow a different normative treatment to be considered constitutionally legitimate.

### PALABRAS CLAVE:

Principio de igualdad. Cláusula antidiscriminatoria. Acción afirmativa

\*Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia del Callao. Profesor de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

\*Doctora en Derecho Constitucional por la U. de Salamanca- España. Profesora de Derecho Constitucional del doctorado de la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM).

**KEYWORDS:**

The principles of equality and non-discrimination, "affirmative action"

**I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.**

No cabe duda que el concepto de igualdad y sus progresivas elaboraciones en el pensamiento político y filosófico-jurídico, han desempeñado el rol de principio regulativo esencial tanto en el ordenamiento jurídico como en la acción política, sobre todo en la organización y puesta en marcha de los sistemas públicos de prestación de servicios.

En este sentido la igualdad se constituye en el punto de partida que inspira la formulación de una serie de derechos fundamentales, muchos de ellos de carácter social. Así pues, muchos de estos derechos incorporan explícitamente dentro de su contenido un carácter igualitario, como es el caso de los derechos sociales.

Ahora bien, la idea de igualdad vista desde el ámbito constitucional es central aunque evasiva, y puede contener una amplia gama de posibilidades. Es central porque, -según lo afirma Rosenfeld - es piedra angular del constitucionalismo moderno. Es además, el más extenso de los derechos constitucionales y cuya proyección alcanza a los otros derechos constitucionales fundamentales. Se considera también que a pesar de su virtual omnipresencia, la igualdad constitucional es singularmente evasiva. Ello significa que no es fácil precisar su concepto, puesto que se dan varias disputas en relación al objeto relevante. Tampoco debemos olvidar que la igualdad constitucional se desarrolla en un proceso dinámico circunscrito por ciertos límites estructurales necesarios y por ciertas variables culturales e históricas de carácter contingente. Ese juicio de relevancia en el que consiste la igualdad prescriptiva ha de efectuarse no de una manera genérica, sino referido a un concreto ámbito de regulación jurídica y en un contexto histórico y en el marco de las exigencias de la concreta realidad que hay que regular. La resolución de las pretensiones de igualdad constitucional solo puede entenderse adecuadamente si se encuadran en la confrontación dialéctica sobre la naturaleza y el

alcance de la Igualdad constitucional. Esta confrontación se desarrollada sobre todo en relación a la identidad y diferencia, esto es, en los casos en los que las personas deberían ser tratadas como iguales, y los casos en que pueden ser consideradas como no iguales, a efectos de la igualdad constitucional.

En términos generales podemos señalar que en el actual Estado Constitucional, la igualdad constitucional en su triple condición de valor superior, principio jurídico y derecho fundamental, explicita al mismo tiempo tres dimensiones: de libertad, democrática o social. En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de la creación de la norma que introduce las diferencias, cuanto en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedar aislados y sin voz. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desaventajados una igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones se enraizan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, postulado del que se deriva la igualdad dignidad social de todos los ciudadanos.

En efecto, el principio de igualdad reconstruido en el Estado Social ya no descansa sobre los criterios de "identidad" que conducen, exclusivamente, hacia la generalidad y la universalidad de la ley, es decir a la igualdad formal en su aplicación. La idea clave del "nuevo" derecho a la igualdad a juicio de Fernández Miranda Campoamor, descansa en el criterio de no discriminación que comporta dos importantes alteraciones: 1) la consideración de inconstitucional de toda diferenciación constitucionalmente injustificada, 2) la aceptación, promoción y legitimación de diferencias en el tratamiento jurídico que descansa en situaciones relevantes de hecho distintas: el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. En el mismo sentido Bilbao Ubillus, señala que la tendencia reciente



del principio en el ordenamiento jurídico español es expandirse como vehículo de expresión, por la vía de su significado de prohibición de arbitrio de los principios rectores y simultáneamente a comprimirse y concretarse en su significado, cada vez más preciso e incisivo, de prohibición de discriminación.

Además del principio de igualdad formal, los actuales textos constitucionales introducen el principio de no discriminación denominada también cláusula antidiscriminatoria. Su formulación en el mismo artículo obedece por lo general al entendimiento de que ambos principios están indisolublemente ligados y forman parte de un unitario principio constitucional: el principio de igualdad.

## II.- LEGITIMIDAD DE LAS DIFERENCIAS NORMATIVAS RELATIVAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este punto cabe hacer una precisión en la relación al significado de dos términos que son utilizados en forma indistinta pero que en puridad no se tratan de términos análogos. Así, cuando nos referimos a la "diferencia jurídica" (y no al trato normativo diferente) aludimos a aquellos aspectos en la vida de las personas que son tuteladas por el Derecho frente a las discriminaciones, y ello debido a que existen en la sociedad numerosas diferencias entre las personas. Si hablamos por el contrario de "desigualdad jurídica" nos referimos a aquellas que son proscritas por la normativa internacional y constitucional y que por tanto deben ser eliminadas. Considerando estos aspectos, podemos señalar que no todo trato jurídico diferente conlleva necesariamente a una desigualdad jurídica prohibida. En tal sentido, no necesariamente todo trato normativo distinto carece a priori de legitimidad constitucional. Así pues será previo análisis de cada caso en concreto lo que nos permitirá saber si estamos ante una medida ajustada a la normativa constitucional o no. No obstante, sí que existen una serie de parámetros que nos dará luces respecto a si estamos ante tratamientos normativos constitucionalmente legítimos.

Teniendo en cuenta esta última apreciación, no puede reputarse inconstitucional que el legislador del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda a las condiciones sociales, económicas (y de otra índole) de los destinatarios finales de aquellas medidas de trato normativo diferente, a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de hacerse efectivas las mismas.

Ahora bien, debemos tomar en cuenta que en términos generales el trato normativo diferente puede obedecer a diversos criterios justificativos, denominados por la doctrina, "criterios de relevancia"; como lo son: la necesidad, el mérito, la aptitud, el estatus. Se tratan de criterios aceptados sin mayor polémica dependiendo, claro está, de las circunstancias del caso. Sin embargo, existen otros criterios que en principio están prohibidos constitucionalmente tales como la raza, el sexo entre otros, los cuales incluso podrían prevalecer frente a otros, y que se plasmarían también en normas jurídicas como es el caso de las cuotas reservadas para las plazas universitarias, destinadas para las personas que pertenecen a grupos en desventaja o preteridos.

## III. PARÁMETROS PARA DETERMINAR LA DIFERENCIA DE TRATO NORMATIVO.

El primer parámetro para determinar si la desigualdad de trato está o no justificada es la finalidad perseguida por la norma. Esta ha de ser legítima, en el sentido de no contradictoria con el texto constitucional, es más puede apoyarse en un precepto o en un principio constitucional. De esta manera, muchas de las medidas jurídicas que determinan una diferenciación normativa en el ámbito educativo por ejemplo, se han apoyado en los principios de igualdad, libertad y participación, y más concretamente en el principio de igualdad material. Así pues, esta diferencia en el trato normativo tiene como fundamento el principio de igualdad en sus ámbitos formal y material, es decir en un principio de igualdad visto en su dimensión unitaria. Algunos autores



opinan que tal apoyatura no es necesaria, pues consideran que basta con que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni siquiera la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución.

Además de lo mencionado, se exige que la norma diferenciadora tenga una estructura coherente. Tiene que haber una adecuación suficiente entre la finalidad de la norma y los medios empleados para llegar a esa finalidad, esto es la diferencia de trato. Y esta adecuación tiene que darse tanto respecto de la configuración del supuesto de hecho, como respecto de la consecuencia jurídica que se le imputa. Este último elemento de juicio de igualdad es al que se denomina criterio de proporcionalidad.

#### IV. CLASIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE TRATO DIFERENCIADO

En relación a las diferencias normativas de trato, medidas no existe una postura unitaria al respecto. Una de las posiciones que nos parece más coherente con los aspectos que venimos tratando es la propuesta por JIMÉNEZ GLUCK. Este autor clasifica estas medidas en: medidas de igualación positiva por un lado y acciones positivas por otro lado. A este respecto queremos advertir que aunque el enfoque de este estudio se realiza desde la perspectiva jurídico constitucional, debido a la connotación y el interés que ha despertado el tema en otras áreas del conocimiento, las decisiones que se tomen en relación a estas categorías jurídicas, dependen básicamente de una opción política; aspecto que por otro lado no deja de ser común al ámbito jurídico-constitucional. Así mismo, debemos recordar que estamos antes cuestiones que son resueltas de forma casuística. No obstante, ello no impide que se haya señalado algunas pautas sobre las que se fundamenta la constitucionalidad de aquellas medidas de diferenciación.

##### 1.- Medidas de igualación positiva.

Dentro de aquellas medidas de trato diferenciado, tenemos a aquellas que son adoptadas y aplicadas en atención a un signo

objetivo e indubitable de inferioridad social y/o económica del individuo beneficiado, teniendo como finalidad constitucionalmente admisible de la misma, a la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados. A estas medidas, siguiendo clasificación que formula Giménez Gluck, se le denomina medidas de igualación positiva.

Están incluidas dentro de estas medidas, las becas y ayudas al estudio por ejemplo, que como es de verse no tienen como causa algún(os) de los rasgos inmutables e inmodificables de la persona especificados en las cláusula antidiscriminatorias, sino que las causas o factores a los que estas medidas atienden están caracterizada por circunstancias objetivas, tales como las circunstancias sociales y económicas de las mismas. Estas medidas de igualación positiva no causan además ningún perjuicio a terceros, es por ello que cuando la desigualdad en el trato es proporcionada y su finalidad consiste en alcanzar la igualdad material entre los individuos, se le considera, generalmente, lo suficientemente razonable como para admitirse su constitucionalidad. Es más, se trata de acciones que, por su propia naturaleza no sólo son constitucionales, sino que como bien señala LUCAS OSORIO vienen incluso exigidas en un Estado social y democrático de Derecho.

En efecto, las becas y las ayudas al estudio, tienen por finalidad garantizar el ejercicio del derecho a la educación, idea que nos introduce al ejercicio de tal derecho en condiciones de igualdad. Otra de las medidas jurídicas que se cuentan dentro de estas medidas de igualación positiva y que no revisten mayor problemática y por ende son admitidos sin mayores objeciones ni reparos en lo que se refiere a su legitimidad constitucional tendente a la consecución de la igualdad, son las siguientes: las subvenciones y financiamiento educativo, el fomento en la educación para regiones o zonas deprimidas, la exención de impuestos para la promoción del libro, y las no menos conocidas medidas de compensación de desigualdades educativas.



En relación a estas medidas, cabe aquí subrayar que en lo que respecta a los minusválidos, solamente una parte de las medidas a favor de los discapacitados son consideradas medidas de igualdad positiva. En este sentido, se "beneficia al discapacitado no por su pertenencia al grupo minusvalorado "discapacitados" sino porque, debido a su discapacidad, la ayuda le es necesaria para integrarse a la sociedad.

Sin ella, al no tener habilidades completas para ejercer ninguna profesión, sus posibilidades de supervivencia económica e integración social son escasas. En tal virtud se le conceden subvenciones- y cualquier otra medida que se base en la imposibilidad objetiva e individual del discapacitado de integrarse a la sociedad por otros medios- a fin de que estos puedan desenvolverse en condiciones de igualdad que las demás personas, ya que de otro modo sería prácticamente imposible.

Como se ha observado, por lo general, las medidas adoptadas con estas características no han representado un problema jurídico. Pero, existen otras medidas que sí han causado mucha polémica, nos referiremos a éstas con el nombre discriminación inversa o positiva, llamadas también medidas de acción afirmativa, ( Affirmative Action en la doctrina anglosajona), a las que nos referiremos brevemente a continuación.

## 2.- Las Acciones Positivas.

Fruto de la labor -aunque escasa en este punto- de la jurisprudencia Constitucional y de buena parte de la doctrina, se ha construido un concepto de la Acciones Positivas, ligado al trato "desigual", o dicho de otro modo, referido al trato "formalmente desigual", basado en la pertenencia a un grupo de personas que comparten la posesión de un rasgo (objetivo e inmutable) minusvalorado. Dichos grupos están conformados por diversos colectivos como son los casos de las mujeres, las minorías étnicas, los minusválidos, entre otros. Como se observa aquí no se habla de desventajas de los individuos en virtud de factores económicos ni sociales, si no del individuo perteneciente a un

grupo social, que fácticamente es objeto de discriminación.

El Derecho protege los derechos de manera genérica teniendo en cuenta que, cualquier individuo puede ser objeto de discriminación o trato desigual injustificado y precisamente las leyes cumplen la función de evitar las desigualdades originadas por diversos factores fácticos fruto de una realidad dinámica. Por ello, una cláusula abierta como las que se enuncian en este tipo de normas constitucionales, permite cubrir esos otros supuestos no enumerados expresamente.

Las acciones positivas, se caracterizan principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo que son minusvalorados o preteridos por su pertenencia al mismo, y no por sus circunstancias individuales. Se presupone que por poseer el rasgo objeto de la marginación que sufre dicho colectivo, el beneficiado por la acción positiva necesita de ésta para luchar contra la discriminación que en la realidad social padece el grupo, con independencia de las circunstancias individuales. Estos rasgos, generalmente connaturales, por sí mismos no reflejan ninguna inferioridad desde una perspectiva individual, sin embargo, el beneficiado por dichas medidas pertenece a un colectivo socialmente discriminado, discriminación grupal contra la que se pretende luchar. Más aún cuando existe una larga historia de discriminación que está en el origen de aquellas estructuras sociales que se perpetúan de manera cada vez más sutil, ya que, a pesar de haberse logrado la igualdad formal, subsisten determinados roles tradicionales, así como la perenne infravaloración de determinados grupos.

Se tratan de rasgos que de no mediar la minusvaloración de la sociedad no determinarían posición alguna de inferioridad de las personas que los comparten. Entonces, lo que se compensa con la acción positiva no es una situación individual de inferioridad, sino la minusvaloración por la pertenencia a un colectivo que comparte un rasgo histórica-



mente marginado por la sociedad. Afirma en este sentido Martín Vida que son los factores fácticos los que determinarían la adopción de las medidas de acción positiva. Esta autora parte de la idea de que es la existencia de estructuras de subordinación la que fundamenta la necesidad de la puesta en práctica de las acciones positivas, como un instrumento que puede corregir, (una vez confirmado que a tales efectos los mecanismos exclusivamente formales de la igualdad jurídica resultan absolutamente insuficientes), algunas de las manifestaciones discriminatorias.

Al utilizar en la diferenciación normativa aquellos rasgos o categorías que en principio están proscritas por los textos constitucionales modernos (debido a que resultan especialmente sospechosas), la justificación constitucional de las acciones positivas se hace más complicada a diferencia de las medidas de igualación positiva. Pero por otra parte, el hecho de utilizar los rasgos prohibidos para diferenciar a favor de los que ha sido marginados por tener dichas características, ayuda a superar este test especial que se requiere para dotar de legitimidad a dichas medidas, pues se deduce de la síntesis entre la igualdad formal y la sustancial que es interés primordial del Estado acabar con la marginación producida por la posesión de los mismos.

Una de las medidas que está siendo aceptada desde hace un tiempo son las adoptadas en beneficio de los miembros de los colectivos minusvalorados, entre las que cabe destacar dos categorías. A la primera de estas se le ha denominado acciones positivas moderadas, las cuales con carácter promocional y sin provocar daño a terceros, intentan remover los obstáculos que impiden a los miembros de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones y por ello se adaptan mejor a la idea de igualdad de oportunidades, consistente en conseguir que todas las personas gocen de una posición similar en el punto de partida.

Estos tipos de medidas son las que se aplican, por lo general, a las esferas de la educación, la

cultura, los medios de comunicación social, profesional, etc. Se incluyen aquí cuestiones tales como la eliminación de estereotipos sexistas en la educación o la inclusión de la igualdad como tema transversal a través del programa de las diversas asignaturas escolares, y en general acciones de política sectorial, como los planes de igualdad.

Por el contrario, la segunda categoría denominada discriminación inversa o positiva consiste en la reserva de cuotas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad. Aquí ya no se trata de obtener determinados beneficios reservados a los colectivos objetos del plan, sino de perder bienes sociales escasos y codiciados que les hubieran correspondido sino se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo (sexo, raza, discapacidad) de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan (puestos de trabajo, listas electorales, plazas universitarias).

Como se puede observar el cuestionamiento en torno a la legitimidad del trato normativo diferente se da básicamente en relación a la normativa infraconstitucional destinada a la regulación y concreción de medidas destinadas a hacer efectivos los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentra por un motivo u otro en situación de desventaja o vulnerabilidad en cuanto al goce efectivo de sus derechos. Este cuestionamiento no alcanza por supuesto a la normativa constitucional sino al desarrollo de la misma por las correspondientes leyes. La cuestión

## V.- A MODO DE CONCLUSIÓN

La idea que gira en entorno a este tema pone el acento en las medidas normativas de trato diferenciado en atención precisamente a la existencia de determinadas situaciones fácticas de desigualdad, que son las que condicionan la adopción de estas. De esta manera se percibe el carácter instrumental de este tipo medidas legislativas encaminadas a la efectiva consecución del principio de igualdad sustancial. Cabe señalar en este sentido que el



constitucionalismo actual ha dado paso firmes en poner las pautas a efectos de que se delinee medidas jurídicas destinadas a regulación de medidas de tanto de acción positiva como medidas de igualación positiva.

En atención a lo visto, podemos señalar que, desde una perspectiva político-social, la otra finalidad constitucionalmente deseable y que justificaría el trato diferente es el de una equitativa redistribución de los bienes sociales.

Sin embargo, tratar en esta sede cuestiones relativos a este tema desbordaría los límites del presente estudio, por lo cual solo cabe señalar que la redistribución ha de permitir que el individuo, pese a sus rasgos característicos pueda desarrollarse como ser humano.

Ello implica que la finalidad ha de ser restringida a garantizar que la discriminación que suscita el rasgo minusvalorado no influya en el reparto de un bien social. Esto es, que finalidad última de las medidas basadas en una causa vedada ha de ser la consecución de la igualdad en término reales.

1. En efecto la igualdad en tanto valor superior contiene una amplia gama de posibilidades de acción que, tanto la letra de sus normas, como su interpretación por el Tribunal Constitucional español, dejan abierta. Ilustrativo al respecto es el trabajo de OLLERO, Andrés, "Relevancia Constitucional de la igualdad" en *Funciones y fines del derecho* (Estudios en Honor al profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, 1992, p. 543-553).
2. ROSENFELD, Michel *Revista Derechos y Libertades*, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, p.412 y ss.
3. Esta contingencia tiene una razón de ser si recordamos lo que al respecto subrayaba ARCE, para quien la existencia de los principios no depende de su formulación, sino del valor que se le reconoce en la comunidad y obviamente las vivencias de esta trascurren en una permanente dinámica. ARCE y FLORES VALDEZ, Joaquín *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*; Civitas, Madrid, 1990, p.21.
4. PEREZ LUÑO, Antonio.E., "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", pp. 267; y GARCIA AMADO, J.A., "Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 116-117.
5. Así, la igualdad en el contexto de las constituciones contemporáneas, implica que todas las personas que son

membros de la misma comunidad constitucional: 1) tendrán garantizados los mismos derechos constitucionales; y 2) serán iguales ante y en la ley es decir tendrán derecho a la igual protección de la ley. Estas normas ampliamente articuladas son susceptibles de construirse de múltiples formas.

6. BILBAO UBILLUS, Juan María y REY MARTINEZ Fernando "Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional. Sentido y alcance de la igualdad constitucional". *La Constitución y la práctica del Derecho*. Tomo I. Aragón Reyes, Manuel, Martínez-Simancas, J. (Directores) Aranzadi, Pamplona, 1998.
7. FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución Española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 13 y ss.
8. BILBAO UBILLUS, María y REY MARTINEZ, Fernando, "Viente años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional. Sentido y alcance de la igualdad constitucional". *Op cit.* Esta identificación conceptual, de la igualdad con cierto tipo de distribución (de bienes por fuerza escasos) debe su éxito a que posee un contenido mínimo (la coherencia entre el criterio con el que se mide la igualdad o la desigualdad y la finalidad de la medida (norma o práctica) que introduce la diferenciación. De modo que para determinar aquella coherencia, esto es la razonabilidad de la diferencia, hay que acudir a criterios materiales externos, al juicio de igualdad.
9. Esta correspondencia entre el principio de no discriminación y la igualdad jurídica parte del hecho que esta cláusula contiene especificaciones que constituyen los casos de "igualdad normativa", es decir casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. CARRASCO A., "El principio de no discriminación por razón de sexo", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Num. 11-12, 1991, p.28.
10. *Idem.* Las diferencias – sean naturales o culturales – no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los DF. Las desigualdades – sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidos por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales; las otras son
11. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y FERNÁNDEZ LOPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p.63.
12. Véase a GIMÉNEZ GLUCK, David., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.



- 13 GIMÉNEZ GLUCK, David., Una manifestación polémica del principio de igualdad, op. cit.
- 14 OSORIO ITURMENDI, Lucas, "Art 14;" Comentario a la Constitución ( la jurisprudencia del TC), Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid, 1993, p 71
- 15 En la doctrina no hay una posición uniforme sobre las características de las acciones positivas. En efecto su caracterización ha sido muy heterogéneo, incluyéndose dentro de las mismas a diversas medidas. Por lo general se las ha identificado con las denominadas medidas de Discriminación positiva o inversa, cuando en realidad éstas son sólo una especie de las acciones positivas.
- 16 Las discriminaciones que agrupan a diversos factores (raza, nacionalidad, origen) han sido estudiadas también- desde un perspectiva interdisciplinaria- como discriminaciones que tienen "un importante componente cultural", pues se considera que las personas no son discriminadas individualmente sino en cuanto pertenecientes a un grupo y caracterizados por tal razón como inferiores. Se trata de la concepción de "la diferencia como inferioridad". "La construcción de democracias multiculturales". ONU, Informe de Desarrollo Humano 2004. Libertad cultural y desarrollo humano. <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2004/chapters>
- 17 Además de las acciones de igualación positiva, se han tomado a favor de los discapacitados acciones positivas al valorar, paralelamente a su desventaja natural, su pertenencia a un grupo desaventajado o minusvalorado. En estos casos, en los que las medidas a favor de los discapacitados se dirigen en atención o no a su pertenencia a un grupo discriminado no resulta fácil distinguir entre unas y otras, ya muchas veces se entremezclan en un mismo enunciado jurídico.
- 18 Cabe resaltar en este punto que según los Informes revisados, la discriminación en razón de raza, sexo se extiende no solo a las minorías nacionales o inmigrantes, sino también incluso a las mayorías. Estos grupos tienen en común la identidad cultural. Véase al respecto el capítulo II del referido informe que aborda la supresión generalizada de la Libertad cultural y la discriminación según la identidad cultural basada en la etnia, religión y la lengua. "La construcción de democracias multiculturales". ONU, Informe de Desarrollo Humano 2004. Libertad cultural y desarrollo humano., Capítulo III <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2004/chapters>
- 19 Coinciden en este punto GIMÉNEZ GLUCK, op cit p. 62, SIERRA HAERNAIZ Elisa, Acción positiva y empleo de la mujer, Consejo económico y social, Madrid, 1999, pp. 23 y ss.
- 20 EL INFORME de desarrollo humano 2004 da cuenta de que las medidas de discriminación inversa, han reducido las desigualdades intergrupos en lugares donde se han instalado efectivamente. Sin embargo, algunos estudios realizados en países que disponen de muchos datos registrados y que cuentan con una gran trayectoria de aplicación de estas medidas - la India, Malasia y EEUU y, por un periodo más breve, Sudáfrica- muestran que las desigualdades entre los individuos (desigualdades verticales) en oposición a la igualdad entre grupos (desigualdades horizontales) han aumentado o se han mantenido inalteradas. Tras varias décadas de aplicación de medidas positivas en los EEUU, ahora se plantea el dilema de si la segunda generación de este grupo debería o no seguir recibiendo los beneficios. En la India, aunque estas han ampliado las oportunidades de los grupos preteridos, sin embargo también se ha dado cuenta de que, las desigualdades entre los individuos han continuado aumentando incluso en sociedades que han intentado reducir las desigualdades grupales por medio de esta medida. El informe concluye señalando que "No cabe duda que estas desigualdades podían haber sido peores de no mediar estas políticas por lo tanto, han sido necesarias en estos países. Sin embargo, la reducción de las desigualdades individuales y la construcción de sociedades realmente inclusivas y equitativas necesitan también de otras políticas. ONU, El Informe de desarrollo humano 2004. Libertad cultural y desarrollo humano. Capítulos. I, II, III, V. <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2004/chapters>
- 21 Dicho criterio de diferenciación debe ser especialmente odioso y singularmente sospechoso, por lo cual el Estado, adoptará una posición especialmente beligerante contra su utilización como criterio minusvalorador de los colectivos que lo comparten, lo cual se determina a través de la cláusulas específicas de no discriminación.
- 22 En el resto de los ordenamientos jurídicos europeos se ha puesto énfasis en los dos siguientes rasgos: la raza y el sexo. También alcanza cierta relevancia en el Derecho comparado, la minusvalía física o psíquica. GARCIA AÑÓN, José, "El principio de la igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del Derecho Europeo", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, num.2, marzo 1999. <http://www.uv.es/afd/CEFD/2/garcia.html>. Con relación a España se ha realizados estudios respecto a la discriminación de sexo. Por todos OLLERO, A., Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999. REY MATINEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Madrid, Mc Graw-Hill, 1995.
- 23 En este sentido se pronuncian RUIZ MIGUEL, Alfonso., "Discriminación inversa e igualdad" VALCARCEL, Amelia., (comp.) El concepto de igualdad, Madrid, Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-93, FERNÁNDEZ, Encarnación., Igualdad y derechos humanos, tecnos, Madrid, 2003.
- 24 Giménez Gluck opina que "con ello se cumple uno de los requisitos indispensables para superar el control estricto de constitucionalidad del trato desigual que supone una acción positiva: una finalidad constitucionalmente deseable para realizar la diferenciación o un interés primordial del Estado". GIMÉNEZ GLUCK, op. cit.
- 25 Esta es la clasificación que realiza Giménez Gluck. Sin embargo en la doctrina no existe una uniformidad en cuanto a esta clasificación. Así, parte de la doctrina que reconoce a la discriminación inversa no lo diferencia de





las acciones positivas. De igual manera, en la legislación se habla de acciones positivas para referirse a todo tipo de trato desigual. Por su parte este autor, considera que esto no resulta técnicamente correcto porque quedan sin nombre aquellas acciones positivas que no implican discriminación inversa. Por lo tanto no es conveniente colocarle el termino general acciones positivas a todas estas proponiendo este autor el término acciones positivas moderadas por un lado y discriminación inversa por otro. No se puede confundir pues el género con las dos sub especies.

26 Tanto la doctrina como la legislación nacional e incluso a nivel comunitario se utilizan ambos términos de forma indistinta. Algunos autores se desmarcan sin embargo por el de discriminación positiva porque no contendrían según señalan, esa connotación negativa y peyorativa que contiene el término "discriminación" RUIZ MIGUEL, A. "Discriminación inversa e igualdad", en VALCARCEL, Amelia (ed) El concepto de igualdad, Pablo Iglesias, Madrid, 1994 p 79.

27 Este tipo de medidas ha despertado discusiones de orden filosófica, política, social y constitucional que se centran principalmente en el perjuicio que se causan a terceras personas, las cuales no son responsables de una discriminación perpetrada por sus antepasados. Esta es la razón por la cual, la reciente doctrina que defiende a la discriminación inversa, utiliza cada vez menos, este argumento, poniéndose énfasis no en lo que hicieron los antepasados, sino en la discriminación que existe en el presente: la adecuación constitucional de las medidas de discriminación inversa ha de depender del desequilibrio de oportunidades que, por razón de la raza o el sexo, existen en la actualidad. Es decir, compensar este desequilibrio actual, y no la que se ha dado en el pasado, ha de ser la finalidad constitucional que convalide la constitucionalidad de una medida de discriminación inversa.