

La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales

Jane HODGES-AEBERHARD*

La acción positiva (*affirmative action*) es una ampliación de la noción de igualdad de oportunidades y ausencia de discriminación. Tiene por finalidad corregir las consecuencias de la discriminación habilitando a la persona o al colectivo perjudicado para robustecerse, afirmarse y competir en pie de igualdad con el colectivo favorecido o – lo cual es más polémico – alcanzar la equiparación de inmediato («resultados parejos»). La adopción de medidas especiales con este fin no es una idea nueva, tanto si se las llama acción positiva como discriminación positiva, igualdad en el empleo, diversidad en el lugar de trabajo, maximización o inclusión¹, pues se implantaron por vez primera en los Estados Unidos² en los años treinta para subsanar las consecuencias de las prácticas laborales injustas en contra de los organizadores y miembros de sindicatos

* Especialista superior en normas internacionales del trabajo y derecho laboral del Equipo Consultivo Multidisciplinario de la OIT para África Meridional, Harare (Zimbabwe).

¹ Para aclarar el empleo de diferentes expresiones, debe observarse que en el convenio de la OIT que más relación guarda con el tema, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111), se utiliza la expresión habitual en la época en que se adoptó, «medidas especiales» (de protección o asistencia). La expresión «*affirmative action*» (que significa literalmente «medidas afirmativas») se usa en los Estados Unidos y en la legislación reciente de Namibia, por ejemplo. Otra denominación es «equidad en el empleo» (*employment equity*), empleada en leyes promulgadas recientemente en Sudáfrica y acuñada por la juez Rosalie Abella, que presidió la Real Comisión Canadiense sobre la Igualdad en el Empleo (1984). «Acción positiva» es muy frecuente en Europa, y posiblemente se trata de una traducción del francés «*action positive*». Otros países, puede que ante las repercusiones negativas que lleva aparejadas «discriminación positiva», prefieren «promover o gestionar la diversidad», que, por implicar un cambio de sociedad en el que se valorarán las diferencias, suena menos agresivo. Esta expresión es atractiva para los directivos y gestores al dar por supuesto que la diversidad del mundo real acabará necesariamente por afectar a la mano de obra de las empresas, donde se puede aprender a «gestionarla» en interés de las firmas. (Véase también Agocs y Burr, 1996.)

² Apareció por vez primera el término en la Ley de Relaciones de Trabajo en el Nivel Nacional de 1935 (Ley Wagner), 29 U.S.C., en el artículo 160, párrafo c). Posteriormente, figuró en el Decreto-ley Presidencial (*Executive Order*) 10925, de 1961, por el que la adminis-

y, posteriormente, para ayudar a los veteranos de guerra a reinsertarse en el mercado laboral. Otros colectivos más se han beneficiado de programas de empleo especiales acordes con sus necesidades concretas, como las personas con discapacidad³. Ahora bien, la aplicación de esta modalidad de intervención en el mercado de trabajo despertó polémicas desde el momento mismo en que empezó a llevarse a dos terrenos concretos de la discriminación: la raza y el sexo.

Quienes critican la acción positiva – dejando aparte a los que, con un juego de palabras, dicen que se trata de una forma de discriminación «inversa» o «negativa» – afirman que el concepto tiene varios fallos garrafales y que se debería suprimir del arsenal de instrumentos empleados para corregir los desequilibrios del mercado de trabajo. Aducen, entre otras razones las siguientes: la ausencia de discriminación es un concepto tan absoluto que no admite excepción alguna; las medidas de ese tipo empiezan por ser de carácter temporal y por ceñirse estrictamente al fin que se pretende, pero acaban por ser permanentes y de carácter general; dentro del colectivo favorecido, los beneficios de la medida recaen de manera desproporcionada en quienes ya se encuentran en los primeros puestos del colectivo por lo que se refiere a su situación profesional; en cualquier caso, apenas existen datos sobre éxitos o logros que se hayan alcanzado realmente gracias a esas medidas; se crean distorsiones e ineficacia en los mercados de trabajo; por lo general, las medidas están muy mal planeadas y dejan la posibilidad de falsear los resultados; y – a propósito sobre todo de los programas fundados en la raza – que las medidas ligadas al color de la piel están polarizando a los ciudadanos y alimentan el resentimiento y la violencia⁴. Hay además quienes, por motivos políticos, afirman que la discriminación positiva entrafía resultados parejos, lo que la hace digna de anatema en determinadas culturas en las cuales impera el *laissez-faire*.

(viene de la página anterior)

tración exigió de todas sus empresas contratistas que adoptasen medidas de acción positiva a fin de que contratasen a los trabajadores sin discriminación por raza, color de piel u origen nacional; en el Decreto-ley Presidencial 11246, de 1965, que reprodujo las palabras del anterior; y en la fundación, en 1966, de una oficina de los contratos federales encargada de hacer cumplir las normas antedichas. En 1967, las disposiciones vigentes fueron modificadas por el Decreto-ley Presidencial 11375, que añadió la discriminación fundada en el sexo, y el Congreso manifestó su aprobación adoptando las enmiendas de 1972 al artículo 717 del capítulo VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Otras disposiciones en materia de acción positiva figuran en la Ley de Readaptación de 1973, la Compilación de Leyes de los Estados Unidos y la Ley sobre los Estadounidenses con Discapacidad de 1990.

³ Véase, por ejemplo, Hodges-Aeberhard y Raskin, 1997. Además, en OIT, 1998b, párrafos 186-191, figura un análisis de las «medidas positivas especiales» permisibles a tenor del Convenio (núm. 159) y de la Recomendación (núm. 168) de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, 1983.

⁴ Véanse, por ejemplo, varios artículos aparecidos en *The Economist* (Londres) los días 4 de marzo de 1995, pág. 16; 11 de marzo de 1995, pág. 57; 15 de abril de 1995, págs. 11, 12, 19 y 20; 17 de junio de 1995, págs. 50, 73 y 74; 13 de enero de 1996, pág. 34, y 22 de noviembre de 1997, pág. 82; en *Business Day* (Johannesburgo), 29 de septiembre de 1998, pág. 3; y en *Sunday Times* (Londres), 1 de noviembre de 1998, pág. 25.

Quienes están a favor de la discriminación positiva replican que las políticas del mercado de trabajo deben ser realistas y reconocer que, como la sociedad tiene en cuenta el color de la piel y el sexo, es fundamental actuar; que si bien su planeamiento acaso no sea siempre perfecto, es preferible adoptar alguna medida que permanecer inactivos; que está mejorando el acopio de los datos y que, en cualquier sistema, se puede combatir el fraude mejorando la supervisión y aumentando las sanciones; que, en realidad, la asistencia que esos programas han prestado ha sido demasiado escasa en lugar de excesiva y, por último, que, dejando aparte el beneficio social que supone una mejor utilización de toda la mano de obra, también arroja beneficios económicos demostrados⁵.

En el trasfondo de este debate se halla una contradicción más sutil. La discriminación positiva da a los colectivos desfavorecidos la posibilidad de acumular experiencia y demostrar lo que son capaces de hacer, mas al mismo tiempo perpetúa el prejuicio de que carecen intrínsecamente de las características necesarias para tener éxito en el trabajo y necesitarán siempre una asistencia especial.

A pesar de esta polémica, que dura ya cuatro decenios, se siguen adoptando medidas legislativas que promueven la discriminación positiva en favor de determinados colectivos escogidos (las más de las veces, aquellos de los que se dice que padecen las consecuencias de una discriminación tradicional fundada en su raza, color de piel, sexo o discapacidad), como atestigua la promulgación por Sudáfrica y Namibia, casi a finales de 1998, de sendas leyes en las que se impone la equidad en el empleo, entre otras cosas, aplicando medidas positivas (la Ley de Equidad en el Empleo de Sudáfrica (núm. 55 de 1998) y la Ley de Acción Afirmativa (Empleo) de Namibia (núm. 29 de 1998)⁶. En algunos países está perfectamente aceptado el concepto en la lucha contra la discriminación sexual, pero las mujeres no son las únicas beneficiarias: una Ordenanza (núm. 622) adoptada por Noruega el 17 de julio de 1998 dispone medidas para favorecer a los hombres en las profesiones en que están subrepresentados – por ejemplo, la enseñanza y el cuidado de los niños – impartiendoles formación y ofreciéndoles posibilidades de trabajo, junto con las correspondientes normas de procedimiento para su aplicación. Aunque más de una veintena de países han promulgado leyes referentes a la contratación de trabajadores que imponen la discriminación positiva por razón de raza, sexo o discapacidad, y otros muchos permiten que se tomen medidas de este género, sólo ha habido recursos ante los tribunales contra esas leyes en unos pocos países. El objeto del presente artículo es averiguar cómo vienen tratando los magistrados esta espinosa noción.

Durante los últimos años se han dictado varios fallos judiciales de importancia en materia de acción positiva, los cuales ponen de manifiesto actitudes muy diversas, que van desde la franca hostilidad a la condonación sin reservas,

⁵ Aunque son muy escasas las obras que tratan de este aspecto claramente crucial de la acción positiva, cabe citar, por ejemplo, Black, 1996; Joseph y Coleman, 1997, y Universidad de Ciudad de El Cabo..., 1997.

⁶ Se puede consultar el texto completo de estas leyes en el banco de datos de la OIT sobre la legislación laboral de los países (NATLEX), cuya dirección en Internet es: <<http://natlex.ilo.org>>.

pasando por una tibia aprobación. Pronunciadas en distintos países de todo el mundo, y en diferentes instancias, todas esas sentencias arrojan luz sobre el debate entre especialistas y público en general acerca de la utilidad de aplicar medidas especiales para corregir la discriminación tradicional (que todavía persiste). Hemos seleccionado sentencias de tres jurisdicciones diferentes – los Estados Unidos, Sudáfrica y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – por haber sido las que más atención despertaron cuando se dieron a conocer, tanto entre los medios de comunicación como entre los jurisperitos. Hemos añadido algunos pormenores de tribunales de la Commonwealth a fin de mostrar cómo, incluso ante una gran controversia pública, los tribunales han respaldado el concepto por considerarlo un instrumento aceptable en el combate contra la discriminación en el empleo.

En este artículo pondremos de manifiesto que los tribunales, ante situaciones parecidas, llegaron a conclusiones diferentes en bastantes ocasiones. Expondremos qué motivó, a nuestro juicio, esas variaciones y cómo un razonamiento más riguroso en las instancias judiciales inferiores y, en general, un mejor empleo de las normas internacionales podrían ayudar a los tribunales a dictar sentencias justas y realistas. Además, formularemos la pregunta de si no ha llegado el momento de adoptar un instrumento internacional sobre la acción positiva.

Sentencias judiciales sobre la acción o discriminación positiva fundada en la raza o el sexo

Estados Unidos

No es de extrañar que sean los Estados Unidos el país en que más abundan los ejemplos de examen judicial de programas de acción positiva, pues es allí donde hace más tiempo que existen leyes que autorizan esas medidas. La Ley de Derechos Civiles de 1964, promulgada a raíz del movimiento en pro de los derechos civiles, declara ilegal, en su capítulo VII, la discriminación fundada en la raza y el sexo; ahora bien, para ello se ampara en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, que confiere a todos los ciudadanos igual protección ante la ley e impone, por consiguiente, límites muy estrictos a cualquier intento de remediar, aplicando medidas legislativas, las consecuencias de la discriminación tradicional.

A finales de los años setenta, los tribunales ratificaron cumplidamente los programas especiales basados en la raza (Jones, 1981), pero en los años ochenta una oleada de causas relativas a discriminación racial o sexual en los sectores público y privado arrojaron fallos contradictorios. Hubo muchas sentencias alcanzadas por una estrecha mayoría y opiniones disconformes argumentadas enérgicamente. Los jueces no se pusieron de acuerdo a propósito de un «criterio probatorio» o conjunto de principios comunes que permitiera evaluar la aceptabilidad de esos programas. En ocasiones, la clave fue la supremacía de la Constitución; otras veces lo fueron las normas sociales, o bien el interés peren-

torio del Estado se impuso al enfoque estrictamente jurídico. El desacuerdo fue especialmente visible en el Tribunal Supremo, en el que varios magistrados conservadores, encabezados por el juez Rehnquist, quien más tarde llegó a presidir el Tribunal, se negaron a ratificar cualquier programa de discriminación positiva con el argumento de que, conforme a la Constitución y a las disposiciones de la Ley de Derechos Civiles, era nulo de pleno derecho. Había, empero, algunos indicios de los criterios que el Tribunal Supremo aplicaría más adelante: consideraría favorablemente la discriminación positiva de aducirse pruebas persuasivas de discriminación; si el trato preferente fuese claramente el único medio aplicable para erradicar las consecuencias persistentes de esa discriminación; y si la medida examinada hubiese sido redactada con la precisión suficiente para no colisionar con la ley principal aplicable, esto es, la Ley de Derechos Civiles. Ahora bien, diez años más tarde, a mediados de los noventa, cuando los tribunales estadounidenses volvieron a considerar la legalidad de diversos programas de discriminación positiva, retiraron la aprobación que las medidas de ese tipo parecían haberse granjeado, habida cuenta del paso del tiempo y de la persistencia de las distorsiones del mercado de trabajo basadas en la discriminación tradicional.

Dos éxitos tempranos de los valedores de las medidas afirmativas fueron unos programas especiales de admisión a la universidad, que guardan estrecha relación con el tema de este artículo porque la definición de empleo del Convenio núm. 111 abarca expresamente el acceso a la formación profesional. El primero fue el alcanzado en la causa *DeFunis contra Odegaard*⁷, en que un candidato blanco⁸ a la admisión en la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington denunció haber sido discriminado por su raza. El Tribunal Supremo falló que la cláusula de la Constitución federal relativa a la igualdad de protección no entrañaba la ilegalidad de todas las clasificaciones raciales. El siguiente programa de acción positiva cuya legalidad fue impugnada ante el Tribunal Supremo fue examinado en la causa *La junta directiva de la Universidad de California contra Bakke*⁹. Al señor Bakke, varón blanco, se le había denegado el ingreso en la Facultad de Medicina de la Universidad de California durante dos años consecutivos por existir un programa especial de admisiones, en virtud del cual sólo se tenía en cuenta a las personas desfavorecidas de determinadas razas minoritarias en la asignación de dieciséis de las cien plazas vacantes cada año y se dejaba a los miembros de cualesquiera razas competir libremente por las otras ochenta y cuatro plazas. El querellante alegó que habría ganado una plaza de no haber existido el cupo basado en el criterio racial. Los jueces del tribunal del Estado desautorizaron el programa especial de admisiones por contravenir la Ley de Derechos Civiles, la Constitución estatal y la cláusula de igualdad de protección de la Constitución federal. Los jueces

⁷ 416 US 312 (1974).

⁸ A lo largo de este artículo emplearemos las palabras «blanco» y «negro» por mor de la coherencia, mas sin olvidar que difieren de sentido en África Meridional, Europa y los Estados Unidos de América.

⁹ 438 US 265 (1978).

del Tribunal Supremo se dividieron: aunque la minoría advirtió que el empleo de la raza como criterio de selección era intrínsecamente equívoco desde el punto de vista jurídico, el tribunal, por una mayoría de 5 contra 4, aceptó que se podían emplear las clasificaciones raciales para alcanzar objetivos normativos importantes del Estado, por ejemplo, poner remedio a la discriminación social tradicional, siempre y cuando estuviesen estrechamente relacionadas con el logro de esos objetivos. Reconociendo que las minorías se encontraban sustancial y crónicamente subrepresentadas en las facultades de medicina a causa de la discriminación racial tradicional, los jueces avalaron la legalidad de la acción positiva implantada por dicha universidad con el fin de corregir la situación.

Al año siguiente, la mayoría del Tribunal Supremo subscribió este dictamen en la causa *Metalúrgicos contra Weber*¹⁰. El Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de los Estados Unidos y la empresa Weber habían concluido, mediante negociaciones colectivas, un convenio del que formaba parte un programa de discriminación positiva que tenía por objeto corregir los desequilibrios raciales dentro de la fuerza de trabajo manual de la empresa, que era casi exclusivamente blanca. Así, en una fábrica había menos de un 2 por ciento de trabajadores manuales negros, aunque era negra el 39 por ciento de la mano de obra local. El programa incluía un plan de formación para participar en el cual se tenía en cuenta la antigüedad, con la salvedad de que por lo menos el 50 por ciento de los alumnos tenían que ser negros hasta que el porcentaje de trabajadores manuales negros igualase aproximadamente al de negros de la mano de obra local. En el primer año del curso, la mayoría de los alumnos tenían menos antigüedad que varios de los candidatos blancos, cuyas solicitudes fueron rechazadas, entre ellos el señor Weber. La mayoría del Tribunal Supremo determinó que esas medidas no contravenían el capítulo VII de la Ley de Derechos Civiles, porque ésta no condenaba todos los programas de discriminación racial positiva de carácter privado y voluntario, si bien tampoco los imponía. El Tribunal falló que, para ser válidos, los planes de acción positiva debían tener por finalidad eliminar la discriminación racial patente, no hacer que los trabajadores blancos perdiesen sus puestos de trabajo ni que se les impidiese progresar profesionalmente, además de ser temporales. A fin de cuentas, el propósito de esas medidas no era mantener los desequilibrios raciales, sino erradicarlos. Centrándose en el empleo de la palabra «requerir»¹¹ en el capítulo VII de la Ley de Derechos Civiles, el Tribunal dictaminó que la prohibición de las preferencias raciales para remediar una discriminación tradicional no abarcaba los planes de carácter voluntario. Ahora bien, no podían utilizarse ilimitadamente las prefe-

¹⁰ 443 US 193 (1979).

¹¹ El artículo 708 del capítulo VII de la Ley reza como sigue: «Nada de lo dispuesto en el presente capítulo podrá ser interpretado en el sentido de que exima o libere a ninguna persona de cualquier responsabilidad, derecho, sanción o castigo dispuestos en cualquier ley presente o futura de cualquier Estado o subdivisión política de un Estado, salvo lo que requiera o permita cualquier ley de esa índole respecto de la realización de cualquier acto que, a tenor de este capítulo, sea una práctica ilegal en materia de empleo».

rencias en los planes voluntarios, que sólo eran permisibles si tenían por finalidad acabar con patrones arraigados de segregación y jerarquía basados en la raza, si abrían posibilidades de empleo que habían estado vedadas a los negros y, elemento este esencial, si no constituían «una traba innecesaria a los derechos de los trabajadores blancos», frase que los jueces no aclararon más. Dos de los magistrados afirmaron, en cambio, que la recta interpretación de lo dicho en la Ley de Derechos Civiles, junto con su espíritu e historial legislativo, descartaba de plano la legalidad de los programas de acción positiva.

En la causa *Los bomberos contra Stotts*¹², el Tribunal Supremo examinó la sentencia de un tribunal federal de primera instancia que había anulado la propuesta de despido de varios empleados negros jóvenes conforme a un procedimiento de despido fijado con sujeción estricta a la antigüedad de los asalariados. Los despidos habrían anulado en gran medida los progresos alcanzados gracias a un plan de contratación y ascensos pactado en una declaración judicial de avenencia por la que se había resuelto una demanda formulada por varias minorías y por una persona negra que habían alegado la existencia de desequilibrios raciales en la plantilla de trabajadores. El Tribunal Supremo falló que el tribunal inferior se había equivocado porque su resolución no aplicaba ni hacía una modificación válida de la declaración de avenencia inicial y por no haberse celebrado una audiencia con exposición de pruebas. En la sentencia alcanzada por mayoría se recordó que el capítulo VII prohíbe a los tribunales exigir la imposición de una preferencia racial para remediar la discriminación tradicional, salvo que la preferencia beneficie únicamente a las víctimas de esa discriminación; pero esta interpretación fue rechazada enérgicamente por los jueces disconformes minoritarios.

La incertidumbre suscitada por estas sentencias – incluidas las dudas acerca de en qué grado están limitados los tribunales federales respecto del tipo de remedio que pueden imponer a modo de resarcimiento por discriminaciones tradicionales – fue disipada en parte por una serie de fallos pronunciados por el Tribunal Supremo a mediados de los años ochenta.

En la causa *La sección sindical núm. 93 de la Asociación Internacional de Bomberos contra la ciudad de Cleveland*¹³, el Tribunal Supremo ratificó (por 5 votos contra 4) una declaración judicial de avenencia de un tribunal federal de primera instancia en la que se disponía que se concediese un número fijo de ascensos (la mitad de los ascensos previstos a teniente y diez de los ascensos a capitán y jefe de batallón) a bomberos de minorías raciales durante un lapso de cuatro años. El hecho de que hubiese pruebas tangibles de discriminación racial tradicional en los ascensos de los bomberos fue un elemento esencial de su respaldo a esta medida especial, aunque se aplicase conforme al controvertido criterio de la raza. Los jueces disconformes alegaron que la aplicación de la ley debería ser neutral en lo tocante a la raza. De igual modo, en la causa *Los laminadores contra la EEOC* [la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el

¹² 467 US 561 (1984).

¹³ 478 US 501 (1986).

Empleo]¹⁴, el Tribunal Supremo ratificó la legalidad de un programa de discriminación positiva impuesto por un tribunal federal de primera instancia para acrecer el número de miembros no blancos de un sindicato por haberse demostrado la existencia de una pauta de discriminación manifiesta por parte del sindicato. En la sentencia se aclaraba que la acción positiva era un remedio permisible en favor de una categoría de personas, aunque no se hubiese demostrado que todas ellas hubiesen padecido realmente las consecuencias de la discriminación. Ése fue, pues, el origen del «criterio del comportamiento flagrante», a tenor del cual se podía aplicar un remedio judicial colectivo si un empleador o un sindicato habían actuado con discriminación de manera persistente o flagrante. El fallo de la mayoría de los magistrados remitía repetidamente a las pruebas que demostraban la flagrante discriminación ejercida por el sindicato. ¿Debía entenderse que, en causas futuras, únicamente las situaciones particularmente ignominiosas justificarían medidas judiciales que respaldasen la acción positiva? Nuevamente disintieron tres jueces, por los mismos motivos que en la causa *La sección sindical núm. 93*.

Los jueces disconformes se salieron con la suya en un tercer caso que conoció el Tribunal Supremo en 1986, la causa *Wygant contra la Junta Educativa de Jackson*¹⁵, relativa al hecho de que una junta rectora y un sindicato de profesores de Michigan habían incorporado en su convenio colectivo una cláusula sobre discriminación positiva por la que en caso de supresión de puestos se otorgaba un trato especial a los profesores de colectivos minoritarios: los despidos no podían superar el porcentaje que representaban dentro del personal docente. A resultas de ello, varios profesores blancos, entre ellos la señora Wygant, fueron despedidos, mientras que conservaron su puesto varios profesores pertenecientes a minorías, aunque tenían menos antigüedad. El Tribunal determinó, por 5 votos contra 4, que esos despidos violaban la cláusula constitucional sobre igualdad de protección. Pues bien, al año siguiente se ratificó la legalidad de un programa de acción positiva en la causa *Johnson contra el organismo de transportes*¹⁶. El organismo de transportes de un condado californiano había adoptado un plan de discriminación positiva a fin de promover a sus empleadas a puestos de trabajo en que la mujer había estado siempre subrepresentada. En el plan se afirmaba claramente que tenía por objeto alcanzar una mejora anual mensurable estadísticamente en los terrenos de la contratación, la formación y los ascensos de mujeres y miembros de minorías. Junto a las metas a breve plazo, se disponía en él que se efectuasen una evaluación y un ajuste anuales, para poderlo utilizar como guía realista en las decisiones que se adoptasen en materia de empleo. Cuando, para cubrir una vacante que llevaba aparejado un ascenso, el director del organismo, en aplicación de la mencionada discriminación positiva, no siguió la recomendación del jurado entrevistador de que se nombrase al señor Johnson, a tenor de las calificaciones, los resultados de los

¹⁴ 478 US 421 (1986).

¹⁵ 476 US 267 (1986).

¹⁶ 480 US 616 (1987).

exámenes, los conocimientos y el historial de los candidatos, y escogió, en cambio, a una candidata clasificada en tercer lugar, el señor Johnson impugnó la decisión de no ascenderlo. Pues bien, el Tribunal dictaminó que la actuación del director se había ajustado a la prohibición de discriminación en el empleo que impone el capítulo VII de la Ley de Derechos Civiles, entre otros considerandos porque la existencia de un desequilibrio manifiesto, que se reflejaba en la infrarrepresentación de las mujeres en categorías laborales segregadas tradicionalmente, justificaba el que se tuviese en cuenta el sexo de la candidata. El Tribunal falló asimismo que, para justificar la adopción de un plan de acción positiva, un empleador no estaba obligado a demostrar con pruebas sus prácticas discriminatorias anteriores, o ni siquiera una contravención demostrable de su parte, sino que podía limitarse a señalar un desequilibrio patente en las categorías laborales. El Tribunal aplicó además el criterio fijado en la causa *Weber* de que el plan del organismo no constituía una traba innecesaria para los derechos de los trabajadores varones ni obstaculizaba absolutamente sus perspectivas de progreso profesional. Una vez más, algunos jueces manifestaron con firmeza su discrepancia, alegando que se estaba aplicando torticeramente la Ley de Derechos Civiles para proteger la discriminación en lugar de erradicarla. El Tribunal Supremo no ha fallado en ninguna causa de discriminación sexual relativa al sector público.

Los considerandos de las sentencias

De estas sentencias de los años ochenta se deduce que, aunque el Tribunal Supremo emitió fallos contradictorios, empezó a elaborar una matriz de razonamientos que superaba la interpretación literal de lo dispuesto en la Ley de Derechos Civiles. En primer lugar, rechazó el argumento de que la acción positiva debía beneficiar únicamente a las víctimas de un comportamiento discriminatorio, al aceptar que un plan no tenía por qué guardar relación con las prácticas seguidas por la empresa, sino que se podía justificar por la existencia de desequilibrios tradicionales dentro de la fuerza de trabajo. En segundo lugar, afirmó que para que un plan de discriminación positiva fuera acertado resultaba esencial la base de la que partía. En la causa *Wygant* había habido un acuerdo voluntario con un sindicato para poner coto a la tensión racial. En la causa *La sección sindical núm. 93* hubo una declaración judicial de avenencia en la cual un tribunal aprobó el acuerdo pactado por las partes en una querrela. No sucedió lo mismo en la causa *Stotts*, pues el tribunal había tratado de modificar la declaración de avenencia original sin el consentimiento concreto del empleador a la prohibición de los despidos en los que no se tenía en cuenta el criterio de la antigüedad. En la causa *Los laminadores* hubo un fallo de los tribunales, previo el correspondiente juicio. En la causa *Johnson* se estaba ante la clara decisión normativa del organismo, atemperada por diversas medidas de control, como la supervisión y la modificación anual del plan. Otro factor inédito era el tipo de medida que estaba en juego: en la causa *Wygant*, el hecho de que se tratase de despidos de trabajadores tuvo gran peso en que el tribunal desaprobaba la medida, pero en la causa *La sección sindical núm. 93* se ratificó

la legalidad de fijar preferencias en materia de contratación y formación, por considerar que la desventaja que habría de recaer en los colectivos descartados se distribuiría entre el conjunto de la sociedad. Se consideró que vulneraba menos la ley la denegación de posibilidades futuras de trabajo que la pérdida de un empleo, aunque de este planteamiento se sigue el interrogante de si los tribunales habrán de considerar permisible la discriminación positiva en épocas de crecimiento económico, cuando las empresas contratan y conceden ascensos, pero no en las épocas de recesión, en que son corrientes los despidos. Por último, entre los factores que el Tribunal tuvo en cuenta estaba la cantidad de pruebas aducidas para demostrar la existencia de discriminación.

A mediados de los años noventa, al formarse una nueva mayoría conservadora dentro de los nueve miembros del Tribunal Supremo, al que se incorporó el juez negro Clarence Thomas, designado por el Presidente George Bush en 1991, el Tribunal dejó de apoyar la acción positiva. En los considerandos de sus sentencias de esta época se inclinó a interpretar nuevamente que la Constitución antepone la protección de los derechos individuales a la de los colectivos y a diluir el papel de las autoridades federales en la lucha contra la discriminación racial. La aplicación del criterio específico de la raza, vedada a aquéllas por la historia y por la ley, había pasado a ser anatema para el Tribunal. Su ataque contra la acción positiva llevó al Presidente Bill Clinton a ordenar una revisión pormenorizada de los programas de este género en febrero de 1995¹⁷, y al ministro de Justicia a promulgar unas directrices dirigidas a todos los órganos federales en que estaban vigentes medidas de la misma índole¹⁸.

En la causa *Adarand Constructors Inc. contra Peña*¹⁹, relativa a diversas medidas enderezadas a mejorar el equilibrio entre las razas en el ámbito de los contratos concertados por organismos públicos, el Tribunal (nuevamente por una estrecha mayoría de 5 contra 4) aplicó un criterio de análisis estrictamente judicial a los programas de acción positiva de la administración federal, conforme al fallo en la causa *Richmond contra J. A. Croson Co.*²⁰, que había suprimido las medidas de preferencia racial adoptadas por las autoridades locales y estatales, aplicándoles el criterio de análisis estrictamente jurídico de si la medida de que se tratase correspondía o no a una necesidad pública perentoria. En ese análisis probatorio se debía averiguar si la discriminación tradicional había sido detectada por un órgano oficial debidamente facultado, a más de la práctica consuetudinaria de la sociedad en general. Los planes de la ciudad de Richmond para acabar con la discriminación racial no superaron la prueba y fueron declarados inconstitucionales. En virtud del programa analizado en la causa *Adarand*, la Administración de Pequeñas Empresas concedía una prima

¹⁷ Véase, por ejemplo, *Washington Post* (Washington), 10 de abril de 1995, págs. A1 y A9, y 1 de junio de 1995, págs. A7; *The Economist* (Londres), 17 de junio de 1995; y *New York Times* (Nueva York), 8 de diciembre de 1995, pág. A24.

¹⁸ Véase *Washington Post* (Washington), 23 de junio de 1995, Sección A.

¹⁹ 115 S. Ct. 2097 (1995).

²⁰ 488 US 469 (1989).

financiera a los contratistas de proyectos de autopistas federales en Colorado que estableciesen relaciones de subcontratación con empresas pertenecientes a personas desfavorecidas social y económicamente. La sentencia aclaró que la Decimocuarta Enmienda otorgaba a personas, no a colectividades, el derecho a exigir la igualdad de protección ante la ley, y que se trataba de un principio fundamental de la jurisprudencia convencional. Ahora bien, aunque el Tribunal remitió el caso a un tribunal inferior con instrucciones para que aplicase criterios rigurosos a las condiciones de los contratos, a fin de evaluar si habían sido redactadas con el rigor suficiente para corresponder a un interés público perentorio, siete de los nueve miembros del Tribunal reafirmaron expresamente, como cuestión de principio, la legitimidad del trato preferente en favor de las personas desfavorecidas con el fin de lograr resultados concretos, a condición de que se atuviese a criterios rigurosos.

En el veredicto de *Hopwood contra el Estado de Texas*²¹, el Tribunal de Apelación del Quinto Distrito Judicial anuló las medidas de acción positiva en favor de las personas de raza distinta de la blanca del programa de admisiones preferenciales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, iniciado en 1992. Los considerandos del fallo se ajustaban al riguroso razonamiento jurídico de la Ley de Derechos Civiles según el cual no se podía emplear la raza como criterio para admitir a los alumnos. Se denegó el permiso para recurrir esta sentencia ante el Tribunal Supremo.

En el juicio de *La Coalición en pro de la Equidad Económica y otros contra Pete Wilson y otros*²², el Tribunal de Apelación del Noveno Distrito tuvo que resolver si una disposición de la Constitución de California que prohibía las preferencias en función de la raza o del sexo vulneraba la cláusula constitucional sobre la igualdad de protección y la Ley de Derechos Civiles. El 5 de noviembre de 1996, el 54 por ciento de los votantes californianos habían adoptado la Propuesta 209, destinada a eliminar los programas públicos fundados en la raza y el sexo en los terrenos del empleo, la contratación y la enseñanza. Enfurecidas por el resultado de la votación, varias asociaciones que actuaban en representación de los intereses de las minorías raciales y de las mujeres obtuvieron un interdicto temporal y un mandamiento de suspensión cautelar de la Propuesta. Ganaron ante el tribunal de primera instancia, pero el fallo fue anulado por el Tribunal de Apelación, que hizo grandes esfuerzos para proteger la división entre el poder legislativo y el judicial y, en su condición de tribunal federal que interpretaba una ley de un Estado que aún no había sido recurrida en el nivel supremo del aparato estatal, para no alterar el equilibrio de poder entre los Estados y el Gobierno federal.

El veredicto es digno de atención por su insistencia en que la discriminación basada en la raza y el sexo requiere «un interés perentorio de las autoridades, una justificación extraordinaria» (párrafo 10). No analiza la noción de

²¹ Docket núm. 94-50569 (1996).

²² Docket núm. 97-15030 (1997).

discriminación positiva y dedica el grueso de sus considerandos a diversas cuestiones de interpretación jurídica y a la jerarquía de las medidas legislativas, ajustándose de esa manera al criterio del análisis judicial riguroso mantenido en la causa *Adarand*. Concluye diciendo que, ni jurídica ni lógicamente, la prohibición de las clasificaciones por razas y sexos vulnera la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, ni respecto del criterio de constitucionalidad ni respecto del criterio de la «estructura jurídicopolítica», que consiste en dilucidar si una medida determinada traslada a un nivel de autoridad remoto el derecho a impugnar tal o cual cuestión de derecho (párrafos 11 y 12). En respuesta a diversos argumentos jurídicos y de procedimiento, la resolución afirma que el capítulo VII de la Ley de Derechos Civiles no tiene preeminencia – no supera o invalida automáticamente – sobre la Propuesta 209, ya que el artículo 1104 de la misma permite la prelación general únicamente si surge una incongruencia patente. Respecto del fondo del caso, el tribunal suscribe el criterio de que debe probarse el padecimiento personal bajo la práctica discriminatoria de que se trate afirmando que la Decimocuarta Enmienda garantiza la igualdad de protección a todas las personas, no a colectivos. Como el fallo no esclarece el «criterio del comportamiento flagrante» ni la importancia que se debe conceder al tipo de medidas abarcadas, está en duda el que en futuras sentencias se dicte en igual sentido.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Otro rechazo a la acción positiva al que se dio mucha publicidad ocurrió a principios de los años noventa, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJE) dictó sentencia en el asunto *Kalanke contra la ciudad de Bremen*²³. Fue la primera vez que se pidió a dicho tribunal que dilucidara si una norma jurídica por la que se establecían medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres era compatible con la Directiva relativa a la Igualdad de Trato²⁴, cuyo artículo 2, apartado 4, reza como sigue: «La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1» (el empleo, comprendidos los ascensos, la formación profesional y las condiciones de trabajo). En el caso que nos ocupa, el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley de Igualdad en el Empleo en el sector público

²³ Asunto C-450/93: Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia* (Luxemburgo), Parte I, núm. 1995 – 9/10, págs. I-3051 a I-3080.

²⁴ Directiva 76/207/CEE del Consejo, 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, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (Bruselas), 1976, núm. L. 39/40, de 14 de febrero de 1976, pá g. 70.

de Bremen disponía que para la contratación y los ascensos en sectores en que las mujeres estuviesen subrepresentadas – es decir, si no constituían el 50 por ciento del personal de cada uno de los distintos grados de la categoría correspondiente –, se daría preferencia a la mujer que poseyese las mismas calificaciones que un candidato varón. Cuando se decidió nombrar a una candidata jefe de sección del Departamento de Parques Municipales basándose en que había menos mujeres que hombres jefes de sección, el señor Kalanke apeló, alegando que sus calificaciones eran superiores y que, aunque tanto él como la mujer designada hubiesen estado parejamente calificados, el trato preferente otorgado a ella lo discriminaba en razón de su sexo. De no haber sido por el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley, hubiese obtenido el ascenso por motivos sociales, ya que debía mantener a tres personas a cargo (esposa y dos hijos), obligaciones que, en cambio, no tenía la candidata. El señor Kalanke perdió el caso en los tribunales de trabajo local y regional, y el Tribunal Federal de Trabajo solicitó un dictamen del mencionado tribunal comunitario acerca de si la legislación nacional condecía o no con la Directiva relativa a la Igualdad de Trato. El TJE anuló la ley nacional afirmando que cualquier preferencia automática de mujeres con iguales calificaciones debía ser tenida por un infringimiento de la Directiva:

Una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo [párrafo 16] [...] Una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva [párrafo 22].

Al referirse explícitamente a la preferencia automática, el TJE limitó el alcance de su veredicto al trato preferente incondicional, sin tomar en consideración otros criterios, como los perjuicios para las personas ni las cortapisas impuestas a los derechos de otros colectivos. Analizando el alcance del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, el TJE observó que el objeto de la disposición era permitir la aplicación de medidas que, aun siendo aparentemente discriminatorias, tenían por finalidad real suprimir o disminuir los casos de desigualdad existentes; así, por ejemplo, era aceptable que se concediese a las mujeres una ventaja concreta en el ámbito del empleo, comprendidos los ascensos, a fin de mejorar su capacidad de competir en el mercado laboral y de dedicarse a su carrera profesional en igualdad de condiciones con los hombres. Al mismo tiempo, había de interpretarse estrictamente cualquier restricción de un derecho de la persona consagrado en la Directiva. Por otra parte, cabe interpretar que el TJE procuró examinar la finalidad general de la medida de discriminación positiva – como se había esforzado en hacer el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los años ochenta –, aun cuando la redacción de la sentencia fue particularmente opaca y el hecho de que la frase figure al final del fallo hace pensar, además, que fue un simple añadido a la línea maestra del razonamiento:

Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades [párrafo 23].

Diríase que el TJE afirmó que, aunque la finalidad de la medida debía ser un factor a tener en cuenta al evaluar la discriminación positiva, el método aplicado en la norma de Bremen iba más allá de asegurar la igualdad de acceso a las trayectorias y los ascensos profesionales porque estaba ideado para llegar a un resultado concreto; como dice Faundez (1994), estamos ante la disyuntiva de garantizar la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados.

La decisión del Tribunal suscitó grandes polémicas en toda Europa, pues los Estados miembros de las Comunidades Europeas se habían dedicado activamente a promover y aplicar programas de acción positiva en favor de la mujer, en la creencia de que eran permisibles legalmente a tenor del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, y, además, convenientes política, social y económicamente. Los jurisperitos y quienes tenían por misión aplicar medidas igualitarias criticaron la sentencia por su interpretación excesivamente reductora de la Directiva. Algunos comentaristas (por ejemplo, Schieck, 1996) afirmaron que el párrafo 2 del artículo 4 de la ley de Bremen servía únicamente para descartar algunos criterios de selección (por ejemplo, que el candidato fuese el sostén de su familia o tuviese mayor antigüedad, que en la administración pública alemana benefician a los hombres), que ocasionan una discriminación indirecta en perjuicio de las candidatas. Otros trataron de achacar el fallo a la manera en que estaba redactada la medida de acción positiva, que adolecía de falta de flexibilidad para considerar factores tales como las consecuencias negativas que llevaba aparejadas para las personas a quienes no amparaba. La Comisión de las Comunidades Europeas recogió todas esas corrientes de pensamiento en la comunicación que decidió enviar al Parlamento y al Consejo de Ministros europeos con su interpretación del veredicto en la causa *Kalanke*²⁵. La Comisión concluyó que el TJE sólo había condenado el carácter automático de la medida de Bremen, en virtud de la cual se concedía a las mujeres un derecho absoluto e incondicional a ser nombradas o ascendidas. Así pues, adoptó la posición de que el único tipo de régimen de cupos ilegal era aquel que fuese absolutamente rígido y no dejase la menor posibilidad de tener en cuenta las circunstancias de cada persona, y de que, por consiguiente, los Estados miembros de las Comunidades Europeas tenían plena facultad para recurrir a todas las demás modalidades de discriminación positiva, comprendidos los cupos flexibles.

²⁵ COM(96)88 final, núm. de catálogo CB-10-96-159-EN-C, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, L-2985, Luxemburgo.

El 11 de noviembre de 1997, el TJE dio a conocer su segundo fallo sobre la acción positiva, relativo a la causa *Marschall contra Renania del Norte-Westfalia*²⁶. El señor Marschall, maestro de profesión, había postulado a un cargo superior junto con una candidata; como ambos estaban igualmente calificados y había menos mujeres que hombres en el correspondiente tramo salarial y profesional, correspondía nombrar a la mujer en aplicación de la enmienda de 5 de febrero de 1995 a la Ley del Funcionario Público vigente en ese *Land*, que reza como sigue: «Si en el sector dependiente de la autoridad encargada del ascenso hubiese menos mujeres que hombres en el puesto concreto de la categoría profesional superior, tendrán preferencia en la promoción las candidatas femeninas, siempre que presenten igual capacitación, aptitud y méritos profesionales, salvo que concurran en un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor». El tribunal administrativo al que apeló el señor Marschall abrigaba dudas, habida cuenta de la sentencia *Kalanke*, acerca de si la legislación del *Land* era compatible con la Directiva relativa a la Igualdad de Trato, y remitió el asunto al TJE. La decisión de éste era aguardada con gran interés, ya que, a diferencia de lo sucedido en el caso *Kalanke*, en la norma legislativa en entredicho figuraba una condición, o cláusula de salvaguardia, en virtud de la cual podían predominar los motivos que concurriesen en los otros candidatos (varones).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló que la norma no se opone a los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva, a condición de que, en cada caso particular, se garantice a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a las personas candidatas e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas si uno o varios criterios – que no deben ser discriminatorios en perjuicio de éstas – hagan que el fiel de la balanza se incline a favor del candidato masculino. Según este veredicto [traducción]:

Al establecer [la cláusula de salvaguardia], los legisladores escogieron a propósito, de acuerdo con el *Land*, una expresión imprecisa jurídicamente para obtener suficiente flexibilidad y, en particular, conceder a la administración la facultad de tener en cuenta cualesquiera motivos que pudieran concurrir en cada candidato. Por consiguiente, y no obstante la norma de la preferencia, la administración tiene siempre la posibilidad de escoger a un candidato masculino fundándose en los criterios de ascenso, tradicionales o de otro tipo [párrafo 5].

El TJE expuso las razones que le llevaban a consentir la adopción de medidas especiales a tenor de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva, si bien aceptando el considerando de la sentencia *Kalanke* de que, habida cuenta de que el citado apartado restringe un derecho individual consa-

²⁶ Asunto C-409/95 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Geselnkirchen): Helmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (Bruselas), C 7 de 10 de enero de 1998, páginas 4 y 5.

grado por la Directiva, cualquier medida nacional destinada a favorecer a las candidatas no puede garantizar una prioridad absoluta e incondicional a las mujeres en materia de ascensos profesionales sin sobrepasar los límites de la exención a que se refiere el artículo. La inclusión de una cláusula de salvaguardia no garantizaba de por sí el respeto de esos límites, pues las cláusulas de este género deben garantizar una apreciación objetiva de todos los factores que concurren en cada candidato, al tiempo que no discriminen a las candidatas. En la sentencia no se daba ninguna indicación acerca de cómo podía verificarse que los demás criterios no eran discriminatorios contra la mujer, aunque dictaminaba [traducción]:

Resulta que, aunque los candidatos varones y mujeres estén igualmente calificados, los candidatos varones suelen ser ascendidos de preferencia a las candidatas, a causa sobre todo de los prejuicios y estereotipos acerca del papel y de la capacidad de las mujeres en la vida profesional y del temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpan más frecuentemente sus carreras; de que, por sus deberes en el hogar y familiares, sean menos flexibles en sus horas de trabajo; o de que se ausenten del trabajo más a menudo por quedar embarazadas, dar a luz y tener que dar de mamar [párrafo 29].

Lo cual puede querer decir que, al apreciar los factores que concurren en cada candidato varón, no serán aceptables aquellos que, como por ejemplo la antigüedad, pudieren inclinar la balanza a su favor, dado que sus competidoras pueden haber tenido interrupciones de carrera o pausas en el servicio motivadas por sus responsabilidades familiares.

Del análisis de estas decisiones del TJE se desprende que el entusiasmo con que la discriminación positiva en favor de la mujer había sido recibida en los años setenta y ochenta se enfrió cuando las leyes dieron automáticamente la preferencia a las candidatas a un ascenso. Mas la sentencia más reciente sobre la cuestión demuestra que se puede resolver el problema mediante una cláusula de salvaguardia en la disposición correspondiente. El hecho de que el TJE exija esa cláusula como garantía de que no se infiltrará ningún elemento discriminatorio nuevo restablece el firme respaldo europeo al consentimiento de medidas enérgicas en el combate por suprimir la discriminación en el empleo, como ha confirmado el artículo 141 del nuevo Tratado de Amsterdam (anterior artículo 119 del Tratado de Roma), cuyo párrafo 4 dice así:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Sudáfrica

Dos causas planteadas recientemente ante tribunales inferiores de Sudáfrica demuestran que, incluso en un entorno en que se acepta abiertamente que la acción positiva para superar la discriminación tradicional es el método más

oportuno para alcanzar la igualdad, puede seguir habiendo concepciones equivocadas de ella, a tenor de las cuales no deja de ser una discriminación de otra clase.

La Constitución, para poner fin al régimen de *apartheid*, deja claro que hay que erradicar la discriminación basada en la raza y el sexo (Ley núm. 108 de 1996)²⁷. La Constitución Provisional de 1994 había hecho especial hincapié en la discriminación positiva en el servicio público, al proclamar en su artículo 212:

2) Ese servicio público [...] b) promoverá una administración pública eficaz representativa globalmente de la comunidad sudafricana [...] 4) Al efectuar un nombramiento o proveer una vacante del servicio público, se tendrán en cuenta las calificaciones, el grado de formación, los méritos, la eficacia y la aptitud de las personas que reúnan los requisitos necesarios para optar por el nombramiento, el ascenso o el traslado de que se trate, más las condiciones que pudieren ser determinadas o prescritas por las leyes [...] 5) El párrafo 4) no excluirá la adopción de medidas encaminadas a promover los objetivos fijados en el párrafo 2).

La disposición de la Ley del Servicio Público relativa a la asignación de los puestos vacantes correspondía a la decisión política de convertir el antiguo bastión de los empleados blancos en «representativo globalmente de la comunidad sudafricana»²⁸.

La creación de un cuerpo de funcionarios públicos representativo sobre la base de la acción positiva era, pues, un objetivo constitucional inmediato; pues bien, en la causa *La Asociación de Funcionarios Públicos de Sudáfrica y otros contra el Ministro de Justicia y otros* (1997)²⁹, el Tribunal Superior (Sala de la provincia de Transvaal) anuló los nombramientos a puestos vacantes de ese ministerio de treinta mujeres que procedían de colectivos subrepresentados.

Cuando dieciséis varones blancos empleados del Ministerio de Justicia se presentaron a las vacantes, pero no fueron entrevistados, y vieron que se cubrían los puestos con mujeres, alegaron que se les había discriminado injustamente por su raza y sexo. Con el respaldo de su asociación del personal, pidieron al Tribunal Superior que, entre otras medidas: 1) emitiese un interdicto en

²⁷ Su artículo 9 dice lo siguiente: «[...] 2) La igualdad abarca el disfrute pleno e igual de todos los derechos y libertades. Para promover el logro de la igualdad, se podrán adoptar medidas legislativas y de otra índole que tengan por finalidad proteger o hacer progresar a personas, o categorías de personas, desfavorecidas por una discriminación injusta. 3) El Estado no podrá discriminar de manera injusta a nadie, ni directa ni indirectamente, por uno o varios motivos, entre ellos la raza, el sexo, el embarazo, el estado civil, el origen étnico o social, el color de la piel, la orientación sexual, la edad, una discapacidad, la religión, la conciencia, las creencias, la cultura, el idioma y el nacimiento. 4) [...] Se promulgarán leyes de ámbito nacional para evitar o prohibir cualquier discriminación injusta [perpetrada por personas]».

²⁸ El inciso vii) del apartado a) del párrafo 5) de la Ley núm. 103 de 1994 dice lo siguiente: «A tenor del párrafo 5) del artículo 212 de la Constitución, y no obstante lo dispuesto en el artículo 11, la Comisión [del Servicio Público] estará facultada para dar instrucciones con medidas destinadas a promover los objetivos fijados en el párrafo 2) del artículo 212 de la Constitución».

²⁹ Información extraída de *Industrial Law Journal* (Kenwyn, Sudáfrica), vol. 18, parte 2, 1997, págs. 241-322.

el que se declarasen ilegales los nombramientos conforme a lo dispuesto en la Ley del Servicio Público y en un acuerdo negociado en el Consejo de Negociación del Servicio Público, y 2) formulase un fallo declarativo que dejase sin efecto los nombramientos para cubrir los puestos vacantes, porque para hacerlos se habían tenido en cuenta la raza, el color de piel o el sexo de los candidatos. Swart J., en una sentencia extraordinariamente decepcionante, repitió los requisitos constitucionales y legales de un servicio público representativo y los distintos acuerdos y normas aplicables a los funcionarios públicos, tratando de compaginar el nuevo planteamiento con la práctica anterior, pero dedicó buena parte de sus considerandos a un laborioso examen de los atributos personales de los dieciséis candidatos blancos y a un examen somero de quienes habían ganado las vacantes. Para justificar por qué debían haberse asignado los puestos a aquellos dieciséis, el juez señaló que sus méritos y calificaciones eran superiores a los de las candidatas (a las que denomina «las señoras», pág. 253), aduciendo sus resultados escolares, detallando sus proezas en rugby y cricket y empleando expresiones como «notable deportista». Alabó a algunos por haber formado parte de la Fuerza de Policía Sudafricana o de los servicios secretos, o por haber sido diáconos y ancianos de la Iglesia, al parecer sin darse cuenta de la falta de sensibilidad que demostraba al emplear la fraseología del suprimido *apartheid* como patrón para ocupar puestos en el nuevo régimen. En el fallo no se vislumbraba tampoco la menor conciencia de los atributos imprescindibles de los titulares de cargos jurídicos de la administración pública, como las calificaciones universitarias, aunque concedió importancia a la antigüedad, sin sopesar por qué las candidatas no habían progresado en la jerarquía y llevaban más de quince años desempeñando los mismos puestos. A propósito de la antigüedad, observó que algunas de las designadas se habían licenciado en Derecho sólo cinco años antes y que, de ser nombradas, «pasarían por delante de varios funcionarios en la lista de méritos» (*ibíd.*). Destacó el hecho de que el abogado defensor del demandado no hubiese presentado datos similares que demostraran la capacidad profesional de las mujeres designadas y que justificaran su nombramiento por motivos distintos a la discriminación positiva.

Swart J. apenas disimuló su menosprecio por la noción de medidas especiales, afirmando lo siguiente: «Considero que estos extractos de las normas de personal ilustran ampliamente que, hasta este momento, a pesar de las disposiciones de la Constitución que respaldan la representatividad, la discriminación positiva no había asomado la cabeza y, entre otras cosas, los ascensos [...] se han concedido de conformidad rigurosa con unos criterios amplios y pormenorizados de méritos, sin tener en cuenta la raza ni el sexo» (pág. 259).

Respecto de la legislación y las normas que regulaban los ascensos en el servicio público, el juez comentó prolijamente los procedimientos destinados a tener en cuenta los nuevos requisitos de raza y sexo de la representatividad. No había duda de que la Ley del Servicio Público había sido un elemento importante de los planes de racionalización y acción positiva del Ministerio, mas el juez concluyó que, pese a las nuevas disposiciones, no se podía sustituir el criterio de la «aptitud» para el nombramiento y el ascenso de los funcionarios públicos (criterio en el que tradicionalmente no contaba ni la raza ni el género).

Se aplicaron cinco elementos probatorios para demostrar que el no haber nombrado a los varones blancos infringía la prohibición constitucional de la discriminación racial y sexual, y que tampoco había constancia de que los nombramientos estuvieran amparados por la salvedad establecida en la Constitución para las medidas especiales³⁰. Los elementos probatorios aducidos por Swart J. eran los siguientes: *a*) la medida debía tener una finalidad (es decir, no ser aleatoria); *b*) debía tener el propósito de alcanzar algo (es decir, que debía existir una relación causal entre la medida y la finalidad); *c*) el objetivo de la medida debía ser establecer la protección adecuada (no desproporcionada) para acabar con las desventajas anteriores; *d*) esta protección adecuada debía servir para proporcionar a la persona o al colectivo desfavorecidos el pleno e igual disfrute de todos los derechos y libertades, pero no irrestrictamente, sino con el debido respeto de los derechos de los demás y de los intereses de la colectividad, y *e*) la medida tenía que atenerse a la exigencia constitucional de una administración pública eficaz y globalmente representativa de la comunidad sudafricana (es decir, la representatividad no debía prevalecer sobre la eficacia). El magistrado llegó a varias conclusiones: la asignación de los treinta puestos no se ceñía a ningún plan ni política generales; no cumplía la exigencia de la representatividad; sobrepasaba con mucho lo que hubiese sido una medida adecuada, por afectar a cargos de alto nivel y no a puestos de ingreso en la administración pública; pasaba por alto los derechos de terceros al no tener en cuenta las «notables calificaciones» de los varones blancos; y, por último, no se atenía al requisito de la eficacia, porque las mujeres ascendidas no daban la talla en comparación con los varones blancos.

Los críticos de la acción positiva en Sudáfrica aplaudieron esta resolución, pero meses más tarde el Tribunal de Trabajo valoró mucho más positivamente las medidas especiales, esta vez en el sector privado.

En la causa *George contra Liberty Life Association of Africa Ltd.* (1996)³¹, el juez presidente Landman efectuó por vez primera un examen a fondo del concepto mismo, a partir de las normas recientemente promulgadas, sobre todo la Constitución de 1996 y la Ley de Relaciones Laborales de 1995, además de buscar inspiración en el Convenio de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111). Había interpuesto querrela el señor George, empleado blanco de la empresa, quien había presentado su candidatura a un cargo superior abierto únicamente al personal, según se anunció en un boletín interno y de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de la empresa. Aunque en las entrevistas y conversaciones con los empleados de la sección de personal se le había informado de que era un candidato apto, se asignó el puesto a un candidato de color ajeno a la empresa, en aplicación de medidas

³⁰ El apartado *a*) del párrafo 3) del artículo 8, precursor del artículo 9 de la Constitución de 1996 citado en la nota 27, dice lo siguiente: «Lo dispuesto en este artículo no impedirá adoptar medidas destinadas a alcanzar la protección y el progreso adecuados de las personas, categorías de personas o colectividades desfavorecidas por una discriminación injusta, con el fin de que puedan disfrutar plena e igualmente de todos sus derechos y libertades [...]».

³¹ Información extraída de *Industrial Law Journal* (Kenwyn, Sudáfrica), vol. 17, 1996, pág. 57 y siguientes.

de discriminación positiva, y trascendió que la vacante del puesto había sido dada a conocer también en el exterior. El demandante alegó que el nombramiento del «forastero» había sido una práctica laboral injusta, pues el factor decisorio había sido la raza, y que el nombramiento era nulo porque el empleador había incumplido su propia norma de dar preferencia a los candidatos internos. Otorgando la primacía al apartado *a)* del párrafo 3 del artículo 8 de la Constitución Provisional, el presidente del tribunal dictaminó que la acción positiva no era tanto el valor o la norma – lograr la igualdad y acabar con la discriminación – cuanto el método, la estrategia o el procedimiento mediante el cual se habría de alcanzar la igualdad de oportunidades en el empleo. El tribunal se cuidó de aclarar que, conforme a la norma judicial sudafricana de no inmiscuirse en las prerrogativas de la dirección de las empresas, no formularía observaciones acerca de los méritos de los candidatos, limitándose a examinar el nombramiento a tenor de la legislación, tanto por lo que se refería al fondo (el equilibrio entre valores en competencia y el papel de la acción positiva para llegar a él) como al procedimiento. De esta manera, adoptaba una posición radicalmente distinta de la del Tribunal Superior de Transvaal.

El Tribunal de Trabajo entendió que el candidato nombrado padecía una desventaja educativa de orden histórico y que, desde ese punto de vista, no podía afirmarse que su designación constituyese una práctica laboral injusta en las circunstancias contemporáneas del mercado laboral de Sudáfrica. Ahora bien, en cuanto al procedimiento seguido por la empresa para efectuar el nombramiento afirmó que, según la recta interpretación de las normas de la empresa relativas al anuncio y atribución de puestos, se debería haber dado preferencia al señor George sobre cualquier candidato externo, motivo por el cual dictaminó que el nombramiento constituía una práctica laboral injusta y autorizó al demandante a reclamar las costas. Aparte del veredicto adoptado, debe aplaudirse el que se formulase en él un respaldo razonado a la acción positiva. Como las causas que acabamos de exponer se fallaron en distintas instancias, está por ver cuál de los enfoques será el adoptado cuando vuelvan a impugnarse ante los tribunales de Sudáfrica las medidas de discriminación positiva.

Otras jurisdicciones

Australia

Fue también a mediados de los años ochenta cuando se impugnó ante los tribunales la legalidad de diversas medidas especiales previstas en la legislación australiana. En la causa *Gerhardy contra Brown*³² se aplicó el artículo 8 de la Ley de la Commonwealth sobre la Discriminación Racial de 1975, que dispone que las medidas especiales fundadas en la raza no constituyen discriminación, para ratificar una ley estatal que denegaba determinados derechos a las personas ajenas a una tribu aborígen. A tenor de la Ley sobre los Derechos Territoriales de los Pitjantjatjara de Australia Meridional de 1975, se atribuyó una extensa

³² Causa *David Alan Gerhardy contra Robert John Brown* (1985) 159 CLR 70.

zona del noroeste de Australia meridional a los miembros de esa tribu, reconociéndoles acceso irrestricto a las tierras, en tanto que las demás personas debían solicitar permiso. El señor Brown penetró en el territorio sin autorización y, acusado de haber cometido un delito, alegó que esta última ley no era congruente con la Ley sobre la Discriminación Racial, siendo, por consiguiente, nula de pleno derecho. El Tribunal Superior determinó que la ley impugnada era una medida especial a los efectos del artículo 8 de la Ley federal y que no colisionaba, pues, con ella. Por lo tanto, se podía excluir de esas tierras a quienes no fuesen pitjantjatjara.

En el terreno de la discriminación sexual, los tribunales australianos también han respaldado las iniciativas encaminadas a alcanzar la igualdad y eliminar la discriminación tradicional confirmando la legalidad de las medidas especiales. El artículo 33 de la Ley sobre la Discriminación Sexual de 1984, de ámbito federal, dispone que no es ilegal ejecutar una acción para que las personas de determinado sexo o estado civil o las mujeres embarazadas tengan iguales oportunidades que otras. Al respecto, la Comisión de Relaciones Laborales³³ aprobó una norma, recogida en la propuesta de fusión de tres sindicatos, en virtud de la cual se reservaban las vicepresidencias de las ramas del nuevo sindicato a mujeres, a las que habrían de elegir por votación asimismo mujeres. La Comisión dictaminó que la disposición era una medida especial que tenía por finalidad contribuir al logro de la igualdad de hecho y, por consiguiente, permisible a tenor del artículo 33. Al año siguiente, otro tribunal especializado examinó la denuncia de que las disposiciones en virtud de las cuales el Gobierno federal y las autoridades del Territorio de la Capital Australiana financiaban conjuntamente el Servicio de Sanidad de la Mujer de la Capital eran discriminatorias contra los hombres porque el servicio sólo atendía a mujeres. En la causa *Proudfoot contra la Junta de Sanidad del Territorio de la Capital Australiana y otros* (1992)³⁴, la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades sostuvo que ambos órganos ejecutivos habían llegado a la conclusión, tras prolongadas consultas, de que eran necesarias medidas especiales del tipo de las impuestas para mejorar la salud de la mujer, conclusión que, a juicio de la Comisión, no era irrazonable, por lo que las medidas correspondían a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley sobre la Discriminación Sexual. Aunque no se trata de un litigio en materia de derecho laboral, lo mencionamos porque la sentencia hace un planteamiento muy interesante de la función del órgano decisorio, que contrasta tajantemente con los tortuosos argumentos aducidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los años ochenta para tratar de justificar su ratificación de determinados programas de discriminación positiva a pesar del tenor de las leyes federales. Mientras que los jueces estadounidenses parecían aferrarse a las condiciones probatorias de la necesidad y la procedencia de tal o cual programa o medida, el presidente de la Comisión Australiana afirmó lo siguiente [traducción]:

³³ Resolución 93/1991 de la Comisión de Relaciones Industriales; 93 IRCComm.A.

³⁴ HREOCA 6 (17 de marzo de 1992).

En último término, no corresponde a la Comisión determinar si las iniciativas impugnadas son realmente necesarias o ni siquiera plenamente idóneas para la finalidad de promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el campo de la atención sanitaria. Lo único que exige el artículo 33 es que quienes pongan en práctica esas medidas lo hagan teniendo presente esa finalidad y que consideren razonable que habrán de servir para ello.

India

En 1992, el Tribunal Supremo de otro país de la Commonwealth ratificó igualmente diversas medidas de acción positiva, a pesar de que habían provocado intensas protestas públicas. La Constitución de la India autoriza al Estado a reservar puestos en la administración pública a cualquier ciudadano perteneciente a una casta atrasada que no tenga una presencia suficiente en la misma, y a impulsar con firmeza los intereses educativos y económicos de los sectores más débiles de la población, en particular los de las tribus y castas registradas en unas listas clasificatorias *ex profeso*³⁵. Al cabo de cuatro decenios de aplicación de una política de reserva de plazas, se seguía considerando insuficiente la representación de esos colectivos en la administración pública. En 1979 se creó un órgano denominado Comisión Mandal – por el apellido de su presidente – para estudiar la manera de mejorar la situación de las clases relegadas desde el punto de vista social y educativo. En su informe al Parlamento, la Comisión recomendó que se reservase a las clases y castas desfavorecidas, tanto hindúes como no hindúes, el 27 por ciento de los puestos de las empresas y establecimientos escolares dependientes de los gobiernos central y estatales. El 31 de agosto de 1990, el Gobierno central dio a conocer un memorando por el que se reservaba el 10 por ciento de las plazas de la administración pública a otros «sectores atrasados» no amparados por los demás planes de reserva de puestos, es decir, a los pobres de las capas sociales altas. El memorando fue impugnado en la causa *Indira Sawhney y otros contra la Unión de la India y otros* (1992)³⁶. El Tribunal Supremo declaró que la reserva del 27 por ciento de los puestos era válida como medio para superar la discriminación pasada y presente basada en el origen social, y falló que debía aplicarse a todas las personas salvo las pertenecientes a las capas superiores (la denominada «flor y nata» de la sociedad). A raíz de que el alto tribunal refrendase la medida, se creó un comité de especialistas para determinar el alcance de la exclusión de «la flor y nata». Y, fundándose en sus recomendaciones, en noviembre de 1993 el Gobierno central expidió una notificación en la que se daba a conocer una reserva del 27 por ciento de las plazas de la administración pública central para las otras 1.200 clases declaradas atrasadas oficialmente.

³⁵ En Faundez, 1994, págs. 22-25, puede consultarse un análisis de las demandas presentadas en los años sesenta y setenta ante tribunales indios, en las que se impugnaba la acción positiva consagrada en la Constitución; los debates y las sentencias giraron en torno a la definición de casta y de clase en la Constitución.

³⁶ Solicitud de auto judicial (Civil) núm. 930 de 1990, Ministerio del Bienestar, India.

Postura de las Naciones Unidas y de la OIT

Las raíces ideológicas de la acción positiva son internacionales, pues aparecen en varios tratados y declaraciones de las Naciones Unidas, en instrumentos de la OIT y en la jurisprudencia de sus órganos de control. La noción de igualdad que impregna los instrumentos de las Naciones Unidas desde la Carta en adelante constituye el fundamento en que se asentó la discriminación positiva.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo quincuagésimo aniversario se ha conmemorado recientemente, contiene la afirmación clásica de que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (artículo 1)³⁷. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial³⁸ subrayó la importancia de las medidas activas contra el racismo y constituyó la base de las condiciones que en el futuro se habrían de tener en cuenta para discernir la aceptabilidad de esas medidas al incluir las nociones de necesidad, planteamiento global, proporcionalidad respecto de la finalidad buscada y limitación temporal. El artículo 2, párrafo 2, reza como sigue:

Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

De igual modo, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exigen de los Estados partes que adopten y apliquen políticas para erradicar la discriminación causada por varios motivos³⁹. En el combate en pro de la igualdad femenina, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴⁰ proclamó el corolario de la prohibición pura y simple de la discriminación, esto es, la obligación de adoptar medidas concretas para superar los efectos de la discriminación histórica y presente. Así, el párrafo 1 de su artículo 4 dice:

³⁷ El texto completo de la Declaración Universal fue reproducido en el número especial de la *Revista Internacional del Trabajo* titulado «Derechos laborales, derechos humanos» (vol. 117 (1998), núm. 2).

³⁸ Resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965.

³⁹ Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996, y, respectivamente, párrafo 1) del artículo 2; artículo 3; párrafo 2) del artículo 2; artículo 3 y apartado c) del artículo 7.

⁴⁰ Resolución 34/180 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1979.

La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

La OIT, por ser el organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas más antiguo, ya había adoptado años antes diversos textos acerca de la supresión de la discriminación en las esferas de su incumbencia, esto es, las relativas al trabajo. La reunión de 1958 de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (núm. 111), junto con la correspondiente Recomendación (núm. 111)⁴¹. El Convenio impone a los Estados que lo ratifiquen que adopten y apliquen, en cooperación con los interlocutores sociales (y, como indica la Recomendación, con el concurso de los organismos nacionales apropiados), una política nacional orientada a eliminar la discriminación en el empleo. El Convenio define en términos generales el empleo, de modo que no sólo abarca la admisión a los puestos de trabajo y las condiciones de empleo, sino también el acceso a la capacitación; y, de hecho, los órganos de control de la OIT se ocupan también del acceso a las escuelas, a la enseñanza universitaria y a los establecimientos de formación profesional.

La disposición fundamental respecto del debate sobre la equidad en materia de empleo es el párrafo 2 del artículo 5:

Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

La redacción del artículo deja claro que la principal norma internacional sobre la igualdad en el empleo no se presta a confusión semántica ni ideológica, ni tampoco a hacer malabarismos con el concepto de igualdad. La acción positiva no es discriminación en el sentido en que se entiende esta palabra en el Convenio núm. 111. A pesar de esta postura clara, sigue habiendo una oposición ideológica al concepto, con independencia de las quejas sobre lo difícil que resulta llevarlo a la práctica y de las reacciones de los medios de comunicación a que antes nos referimos. Como dice Faundez (1994): «Quienes critican la acción positiva alegan, por lo general, que estas medidas conculcan el principio de que se debe tratar en pie de igualdad a las personas que compiten por unos mismos bienes» (pág. 1).

⁴¹ Al 31 de marzo de 1999, habían ratificado el Convenio 132 países, lo que hace que sea una de las normas de la OIT que ha conseguido más ratificaciones.

Los órganos de control de la OIT⁴², al verificar si los Estados ratificantes han adoptado «medidas especiales», se han congratulado de las medidas de acción positiva y de equidad en el empleo, sin hacer acepción de expresiones⁴³, considerando que forman parte de una política nacional que tiene por finalidad acabar con la discriminación tradicional y actual en el lugar de trabajo. Han afirmado, a tenor de lo que figura en el propio texto, que, a los fines del Convenio, esas medidas no constituyen discriminación; por consiguiente, la OIT no emplea expresiones como «discriminación inversa», pues el propio texto deja claro que las medidas activas, las preferencias y el «favoritismo», como dicen algunos de sus detractores, deben aceptarse como instrumentos legítimos del combate contra la discriminación en el empleo. Este razonamiento se sigue lógicamente de la convicción de que no basta con prohibir por ley la discriminación para conseguir que desaparezca en la práctica.

Los órganos supervisores de la OIT no han tenido que pronunciarse sobre los diferentes enfoques aplicados por los tribunales de los Estados Unidos y de Sudáfrica a la acción positiva, dado que los Estados Unidos no han ratificado el Convenio núm. 111⁴⁴ y que Sudáfrica lo ratificó el 5 de marzo de 1997, por lo que no tendrá que presentar su primera memoria relativa a la aplicación del mismo hasta este año. Ahora bien, como Alemania ha ratificado el Convenio, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones tuvo que examinar hasta qué punto eran compatibles con su artículo 5 las normas sobre igualdad entre los sexos dictadas por la ciudad de Bremen, que fueron anuladas por el mencionado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJE) en el fallo de la causa *Kalanke*. La Comisión de Expertos evitó toda declaración que indicase una crítica de la preferencia automática de las mujeres cuando los candidatos de distintos sexos seleccionados para un ascenso estén igualmente calificados, en los sectores en que las mujeres estén infrarrepresentadas; ahora bien, tomó nota de que ese hecho influiría en la aplicación por Alemania del Convenio núm. 111 y pidió al Gobierno que le informase de las consecuencias prácticas de la sentencia del TJE. El Gobierno facilitó los datos requeridos en su siguiente informe (véase OIT, 1998a, págs. 353 y 354). En cuanto al veredicto del Tribunal Supremo de la India que ratificó la acción positiva por razón de casta, la Comisión celebró esta sentencia y solicitó que se le informase de los resultados que se alcanzasen en lo tocante a la incorporación a la población ocupada y a las condiciones de trabajo. Las sentencias de los tribunales australianos no fueron puestas en conocimiento de la Comisión cuando se presentaron las memorias relativas a la aplicación del Convenio.

⁴² Principalmente, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia.

⁴³ Véase, por ejemplo, OIT, 1996, párrafos 183-185.

⁴⁴ Pero el Congreso debe considerar su ratificación en un futuro próximo. Véase el párrafo 54 del documento del Consejo de Administración GB.274/LILS/5 (marzo de 1999).

Los estudios generales y especiales más recientes sobre la discriminación en el empleo elaborados por los órganos de control de la OIT no han efectuado un análisis de la acción positiva desde el punto de vista de las nociones de igualdad de oportunidades e igualdad de resultados (OIT, 1996 y 1998b). No han considerado que forme parte de su obligación tratar de tomar postura en el debate acerca de si las medidas especiales deben tener por objeto únicamente situar a todas las capas y categorías sociales en igualdad de condiciones para competir, lo que haría que el resultado dependiese de los méritos de cada cual, o bien garantizar realmente un resultado parejo. Los comentaristas de los distintos regímenes vigentes en el mundo, como Castle (1995), Edwards (1995), Faundez (1994), Hofmeyr (1993), Innes, Kentridge y Perold (1993), Loenen y Veldman (1996), O'Neill y Handley (1994) y Solomos (1989), han dedicado buen número de páginas a las ventajas y los inconvenientes de los distintos métodos. Otros, como Bacchi (1994) sobre la cuestión en general, y Scutt (1990, págs. 120-123) refiriéndose al principio del mérito, propugnan que se reconsideren los propios conceptos al respecto. En las guías sobre la acción positiva escritas para directivos de empresa se advierte también del riesgo de caer en la subjetividad que acarrea el basarse ciegamente en los «méritos» sin definir cuidadosamente qué significado tienen en el contexto de la empresa (véase CCH, 1990, párrafo 106). Desde la perspectiva internacional, empero, el Convenio núm. 111 de la OIT dice en el artículo 2 que todo Estado ratificante se obliga «a formular y llevar cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto». Se trata de acabar con la discriminación, pero la manera de hacerlo es facultad de cada país.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sí ha expuesto, en cambio, su postura acerca de algunos aspectos del principio y de la manera de llevarlo a la práctica. Así, por ejemplo, considera que las medidas de esa índole deben concebirse a fin de restablecer un equilibrio y ser, por consiguiente, proporcionadas a la naturaleza y la magnitud de la protección que necesite el colectivo beneficiario (OIT, 1996, párrafos 134 y siguientes). Una vez adoptadas, habrá que reconsiderarlas periódicamente, para dilucidar si siguen siendo necesarias y eficaces. Hasta ahí ha llegado la Comisión en su asistencia a los organismos encargados de controlar la legalidad de la acción positiva, es decir, los tribunales de justicia, para que se desenvuelvan con arreglo a un marco de normas o directrices internacionales claramente establecido.

Los Miembros de la OIT, al adoptar el Programa y Presupuesto bienal de la misma, han respaldado varias investigaciones que dan a conocer el planteamiento teórico y práctico vigente en varios países. Las publicaciones de Chari (1994), Davis (1993), Ghee (1995), Lim (1994), OIT-CEET (1997), O'Regan y Thompson (1993), Ronalds (1998), Serna Calvo (1993) y Ventura (1995) explican, con distinto grado de pormenorización, cómo surgió la acción positiva y cómo funciona en la actualidad en países de todas las latitudes: África, Asia, Europa, América del Norte y América del Sur. La Oficina ha preparado

además en los últimos años varios manuales e instrumentos de formación referentes a la acción positiva en el empleo, entre los cuales cabe citar OIT, 1995 y 1997, y Lim, 1996.

Conclusiones

¿Cuál es la razón de que, según muestran las sentencias tan distintas pronunciadas en las causas que hemos descrito, los jueces no hayan podido ponerse de acuerdo en torno a algunas normas comunes para valorar los planes de acción positiva?

A finales de los años ochenta, parecía que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos avanzaba lentamente hacia un conjunto de principios: que toda medida debía ser proporcionada a su finalidad; que la discriminación positiva debía beneficiar sólo a las verdaderas víctimas de un comportamiento discriminatorio (argumento rechazado en un momento y aceptado después de nuevo); que las medidas debían estar atemperadas por los correspondientes controles y contrapesos, por ejemplo su supervisión y adaptación anuales; y que, para la aceptabilidad de la medida, eran esenciales su índole (se veían menos favorablemente los despidos que la fijación de metas y preferencias en la contratación y la formación) y el método empleado para adoptarla. Diez años después, en cambio, las sentencias revirtieron a una interpretación miope, estrictamente jurídica, de la Constitución federal y de la Ley de Derechos Civiles, que se opone a la acción positiva.

Incluso en Europa, donde el fomento de la igualdad de la mujer cuenta con un firme respaldo político y social, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha llegado a conclusiones de diversa índole acerca de algunas leyes destinadas a modificar la composición de la administración pública, en la que predominan los varones. La sentencia de la última causa juzgada, junto con la adhesión política a la acción positiva reafirmada en el artículo 141 del Tratado de Amsterdam, demuestra que el concepto ha recuperado el apoyo que tenía en los círculos dirigentes.

Ahora bien, preguntémoslo una vez más, ¿por qué se rechaza judicialmente la acción positiva en un país como Sudáfrica, en donde concurren con creces las condiciones necesarias para decidir medidas de ese tipo? ¿No será que, como ya se ha dicho, todavía es difícil asumir la idea de combatir un mal empleando métodos que guardan relación con él? ¿O acaso la razón estriba en la formación de los jueces y en los procedimientos judiciales en general, que se aferran a una interpretación estrictamente jurídica de las leyes (como sucedió en las opiniones disconformes del juez Rehnquist del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los años ochenta? ¿El problema radica en que los magistrados aborrecen entrar en cuestiones políticas (como en la causa juzgada en California) o bien en su lentitud característica para aceptar los cambios de las normas sociales (como en la causa planteada ante el Tribunal Superior sudafricano)?

Podría hablarse mucho, asimismo, de la composición de los tribunales y de la necesidad de que en la magistratura haya más sensibilidad acerca de la

igualdad entre los sexos y entre las razas⁴⁵. ¿No será que los defensores de la acción positiva, los especialistas que la defienden en los procesos y los propios tribunales desconocen los conceptos jurídicos que podrían ayudarles a tomar una decisión? Como ya se ha señalado, la legislación internacional sobre el asunto, lo mismo la de las Naciones Unidas que los instrumentos de la OIT, es clara; pero, por ejemplo, los órganos de control de la OIT, que tienen por misión apreciar esos planes en el contexto de las normas internacionales referentes a la igualdad, no han desplegado suficiente energía a la hora de impartir orientaciones firmes, si bien, cuando se les ha dado la posibilidad de hacerlo en informes sobre la puesta en práctica de los convenios ratificados, han respaldado las medidas encaminadas a alcanzar la igualdad de oportunidades en el empleo.

Tal vez la información existente no se aplica de manera mucho más general por falta de difusión. Las estructuras de la OIT, en particular los equipos multidisciplinarios que ha desplegado por todo el mundo, se encargan de dar a conocer las novedades internacionales en la esfera del empleo, pero quizás se podrían acometer más programas con vistas a resaltar la acción positiva, sus puntos fuertes y flacos, para que un número mayor de personas pudiese valorar la postura de la Organización.

Pues bien, acaso haga falta tomar alguna medida internacional más de carácter normativo. ¿No es hora ya de adoptar un convenio internacional del trabajo sobre el asunto o, por lo menos, una recomendación? Se podría estudiar esta posibilidad dentro del sólido marco institucional que brinda la OIT gracias a su composición tripartita y a sus procedimientos de elaboración y adopción de normas (en cuyos preparativos y debates y, por último, decidiendo por votación participan todos los Miembros en la Conferencia Internacional del Trabajo, es decir, los representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores). En los últimos años se ha afinado el procedimiento para seleccionar los asuntos que se consideran maduros para adoptar una norma internacional: el Consejo de Administración escoge entre un conjunto de temas posibles aquel que se estudiará con miras a un primer debate en la Conferencia Internacional del Trabajo prevista dos años después⁴⁶.

El análisis que en este artículo hemos llevado a cabo de varias sentencias judiciales de finales de los años noventa demuestra que, en aras de la claridad, hacen falta algunos criterios o algunas normas más estrictos en el plano nacional. Ello beneficiaría a las víctimas – o supuestas víctimas – de prácticas discriminatorias y también a las autoridades responsables de erradicar la discri-

⁴⁵ La OIT se ha ocupado de la formación profesional permanente de los miembros de los tribunales de trabajo patrocinando la publicación de una obra de Hodges-Aeberhard (1997) y organizando seminarios para los magistrados de esta jurisdicción sobre diversos aspectos de la igualdad, como los celebrados en Harare para el África meridional y en Puerto España para el Caribe.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el documento GB.274/3 del Consejo de Administración de la OIT, titulado «Fecha, lugar y programa de la 89.ª reunión (2001) de la Conferencia Internacional del Trabajo», adoptado en la reunión celebrada por dicho órgano rector en marzo de 1999.

minación en el empleo. Como objetivo mínimo, una norma internacional del trabajo podría: 1) definir el concepto, recalcando el carácter temporal de esas medidas; 2) aclarar de una vez por todas que la acción positiva no es una «discriminación a la inversa»; 3) fijar límites a las metas que se establezcan; 4) dar ejemplos de métodos proporcionados a estas metas; 5) facilitar orientación acerca de los daños y perjuicios relativos que puedan sufrir las personas y los grupos de la población; 6) aclarar el equilibrio a que se debe llegar entre el respeto y la imposición de cortapisas a los derechos de otros grupos, y 7) adoptar una posición acerca del carácter flagrante de la discriminación que habrá de combatirse.

Los tribunales de todo el mundo podrían inspirarse en un texto de esa índole, tanto si sus países lo hubieren ratificado como si no, para dictaminar sobre situaciones de hecho. De lo que hemos expuesto se desprende que necesitan sin duda que se les eche una mano. Mas, aunque no exista una norma internacional del trabajo al respecto, la acción positiva existe ya en múltiples formas y va a seguir existiendo, y los tribunales tendrán que superar el problema, más pronto que tarde.

Bibliografía citada

- Agocs, C., y Burr, C. 1996. «Employment equity, affirmative action and managing diversity: Assessing the differences», *International Journal of Manpower* (Bradford), vol. 17, núms. 4-5, págs. 30-45.
- Bacchi, Carol Lee. 1994. *The politics of affirmative action: «Women», equality and category policies*. Londres. Sage.
- Black, P. A. 1996. «Affirmative action in South Africa: rational discrimination according to Akerlof», *South African Journal of Economics* (Pretoria), vol. 64, núm. 1, págs. 74-82.
- Castle, Jane. 1995. «Affirmative action in three developing countries: Lessons from Zimbabwe, Namibia and Malaysia», *South African Journal of Labour Relations* (Pretoria), vol. 19, núm. 1 (otoño), págs. 6-33.
- CCH. 1990. *Implementing affirmative action for women*. Personnel Management in Practice Series. Sydney.
- Chari, Unity A. 1994. *Positive action measures to promote the equality of women in employment in Zimbabwe*. Proyecto Interdepartamental sobre la Igualdad para la Mujer en el Empleo, documento de trabajo núm. 16. Ginebra. OIT.
- Davis, Fania E. 1993. *Affirmative action in the United States and its application to women in employment*. Proyecto Interdepartamental sobre la Igualdad para la Mujer en el Empleo, documento de trabajo núm. 15. Ginebra. OIT.
- Edwards, John. 1995. *When race counts: The morality of racial preference in Britain and America*. Londres. Routledge.
- Faundez, Julio. 1994. *Affirmative action: International perspectives*. Ginebra. OIT.
- Ghee, Lim Teck. 1995. *Social and economic integration of different ethnic groups in South-east Asia, with special reference to Malaysia: A review of the literature and empirical material*. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Programa de Instituciones Laborales y Desarrollo, documento de trabajo núm. 82. Ginebra. OIT.
- Hodges-Aeberhard, Jane. 1997. *An outline of recent developments concerning equality issues in employment for labour court judges and assessors*. Ginebra. OIT.
- , y Raskin, Carl (directores). 1997. *Affirmative action in the employment of ethnic minorities and persons with disabilities*. Ginebra. OIT.
- Hofmeyr, K. B. 1993. «Affirmative action in South African companies: Lessons from experience», *South African Journal of Labour Relations* (Pretoria), vol. 17, núm. 2 (junio), págs. 36-51.
- Innes, D.; Kentridge, M., y Perold, H. (directores). 1993. *Reversing discrimination: Affirmative action in the workplace*. Londres. Oxford University Press.

- Jones, James E. 1981. «'Reverse discrimination' in employment: Judicial treatment of affirmative action programmes in the United States», *International Labour Review* (Ginebra), vol. 120, núm. 4 (julio-agosto).
- Joseph, Alma M., y Coleman, Henry A. 1997. «Affirmative action and economics: A framework for analysis», *Public Productivity and Management Review* (San Francisco), vol. 20, núm. 3 (marzo), págs. 258-271.
- Lim, Lin Lean. 1996. *More and better jobs for women: An action guide*. Ginebra, OIT.
- . 1994. *Female employment: The window of opportunity for poverty alleviation in Bangladesh*. Bangkok. Equipo Consultivo Multidisciplinario para Asia Meridional.
- Loenen, Titia, y Veldman, Albertine. 1996. «Preferential treatment in the labour market after Kalanke: Some comparative perspectives», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (La Haya), vol. 12, núm. 1 (primavera), págs. 43- 53.
- OIT. 1998a. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Informe general y observaciones acerca de ciertos países. Informe III (Parte 1A) a la 86.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998). Ginebra.
- . 1998b. *Readaptación profesional y empleo de personas inválidas. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 159) y a la Recomendación (núm. 168) sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983*. Informe III (Parte 1B) a la 86.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998). Ginebra.
- . 1997. *El acceso de las mujeres a puestos de dirección*. Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre el acceso de las mujeres a puestos de dirección. Programa de Actividades Sectoriales. Ginebra.
- . 1996. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*. Informe III (Parte 4B) a la 83.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1996). Ginebra.
- . 1995. *Gender issues in the world of work: Briefing kit*. Ginebra.
- OIT-CEET. 1997. *Ethnic minorities in Central and Eastern Europe: Guidelines and recommendations promoting their employment*. Equipo de la OIT para Europa Central y Oriental (CEET) y Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos, documento de trabajo núm. 19. Ginebra.
- O'Neill, Nick, y Handley, Robin. 1994. *Retreat from injustice: Human rights in Australian law*. Leichhardt, Nueva Gales del Sur. Federation Press.
- O'Regan, Catherine, y Thompson, Clive. 1993. *Collective bargaining and the promotion of equality: The case of South Africa*. Proyecto Interdepartamental sobre la Igualdad para la Mujer en el Empleo, documento de trabajo núm. 8. Ginebra.
- Ronalds, Chris. 1998. *Discrimination: law and practice*. Leichhardt, Nueva Gales del Sur, Federation Press.
- Schieck, Dagmar. 1996. «Positive action in Community law: Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen», *Industrial Law Journal* (Oxford), vol. 25, núm. 3 (septiembre), págs. 239-246.
- Scutt, Jocelyne A. 1990. *Women and the law*. Sydney, The Law Book Company Ltd.
- Serna Calvo, María del Mar. 1993. *Regulación del trabajo de la mujer en América Latina. Estudio comparado*. Ministerio de Asuntos Sociales de España, Instituto de la Mujer. Madrid.
- Solomos, John. 1989. «Equal opportunities policies and racial inequality: The role of public policy», *Public Administration* (Oxford), vol. 67, núm. 1 (primavera), págs. 79-93.
- Universidad de Ciudad de El Cabo, Escuela de Ciencias Empresariales. 1997. *Breakwater Monitor: Comparative developments in affirmative action*. Informe anual. Ciudad de El Cabo.
- Ventura, Caterina. 1995. *From outlawing discrimination to promoting equality: Canada's experience with anti-discrimination legislation*. Departamento de Empleo de la OIT, Estudio sobre Migraciones Internacionales núm. 6. Ginebra, OIT.