

Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general

Affirmative action expressions of equality as material: proposal for a general theory

*Elard Ricardo Bolaños Salazar**

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2016

RESUMEN

El presente artículo es el resultado final de una investigación de casi 3 años en la cual se trata de esbozar lo que he optado denominar “teoría general de las acciones afirmativas”. De ahí que en este escrito proponga ideas tales como clasificación de las acciones afirmativas y sus elementos. Para este fin, el artículo se sirve tanto de doctrina contemporánea como de la jurisprudencia de las altas cortes nacionales y supranacionales.

Palabras clave: igualdad; discriminación; ajuste razonable; diferenciación; distinción, derechos humanos, derecho constitucional.

ABSTRACT

This article is the final result of an investigation of nearly three years in which it is outline what I chose to call “general theory of affirmative action”. Hence in this paper propose ideas such as classification of affirmative action and its elements. To this end, the article serves both contemporary doctrine and jurisprudence of the highest national and supranational courts.

Key words: equality; discrimination; reasonable accommodation; differentiation; distinction, human rights, constitutional law

* Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos (CEDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú). Primer Puesto y Mejor Orador en la XVII Competencia “Eduardo Jiménez de Aréchaga” (CEJA). Semifinalista y Mejor Orador en Español en el XIX Inter-American Human Rights Moot Court Competition. Segundo Puesto en el I Concurso Internacional Medellín Protege los Derechos Humanos. Correo electrónico ricardo.92b@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

El anterior es el texto que en el año 1948, luego de la barbarie que significó la Segunda Guerra Mundial, se plasmó en el séptimo artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicha proclama de igualdad del mundo moderno fue el resultado, se podría afirmar, de comprender que la igualdad es un valor esencial para combatir las afrentas a la dignidad humana. Es tal la importancia de dicho reconocimiento, que la igualdad se ha erigido hasta nuestros días como un cimiento en el reconocimiento de todos los demás derechos y libertades fundamentales, pues aun cuando existe una cláusula específica que proscribe la discriminación, en realidad se puede interpretar, como de hecho es, una prohibición absoluta con el hecho de que todos los artículos del texto aprobado en 1948 comienzan con los términos “toda persona”, “todo individuo”, “nadie” o “todo ser humano”.

De manera tal que la igualdad representa un pilar en toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional (Rawls 1995) pero que, lamentablemente, como refiere el profesor estadounidense Ronald Dworkin (2003), “es la especie en extinción de los ideales políticos” (p. 11), ello porque con el devenir de las nuevas civilizaciones, el valor de la igualdad viene siendo postergado de la discusión política e intelectual seria. Pero más que por desidia, se debe a que se han asumido como claros e invariables ciertos conceptos que tienen que ver con la igualdad tanto en su faceta de principio que como derecho y, al asumir dichas nociones estancas, se ha optado por mecanizar la esencia y el propósito que encierra el valor de la igualdad en sí mismo. Por ello, la discusión clásica en torno a este tema debe retomarse pero ser matizada y enfocada desde el punto de vista de los problemas actuales. Si bien en sus inicios la igualdad era entendida como un mandato de tratamiento igual, la experiencia posterior demostró que no bastaba con ello sino que, se debía prestar atención a las diferencias para otorgar tratos relativamente distintos a fin de no perjudicar el fin del principio, que es precisamente conseguir la igualdad.

Por esa razón, en las líneas subsecuentes se abordará un tema que pretende, sin ánimos de cerrar el debate, elevar al siguiente plano la discusión sobre la igualdad, esto es, al plano del terreno: a la igualdad material (o fáctica). Específicamente, la idea central de este estudio versará sobre una de las herramientas para conseguir dicha igualdad: “las acciones afirmativas”. Acciones que, desde su surgimiento en el derecho estadounidense, han sido objeto de discusiones,

críticas y cuestionamientos, aunque también han sido ampliamente defendidas por doctrinarios e incluso tribunales no solo en latitudes lejanas sino también en Sudamérica.

1. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD MATERIAL

¿Basta con que un derecho esté recogido en un tratado, constitución o algún otro texto normativo? La respuesta es negativa y la experiencia así lo demuestra, la mera proclama de la igualdad en las legislaciones no garantiza su concreción real. De manera que la igualdad formal es aquella consagrada en el terreno legislativo, aquella igualdad que se establece como obligación o mandato. Empero, esta resulta insuficiente a la luz de la realidad fáctica. Así, en su dimensión formal, la igualdad impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley)².

En dicho escenario previo, y como una forma de efectivizar este reconocimiento formal, surge la concepción material de la igualdad, bajo el entendido que “una interpretación meramente formal de la igualdad tiene el defecto de esconder, tras de sí, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia” (Clérico & Aldao 2011 p. 150), en buena cuenta, es una fiera pero sin dientes. Por ello, en el ámbito de la justicia constitucional, el máximo tribunal peruano, por ejemplo, tiene dicho que:

En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales³.

Así que, el mandato de la igualdad material se constituye como una forma de llevar a la realidad aquellas aspiraciones y consagraciones legislativas que, si bien son un paso muy importante para la consecución del objetivo, resultan muchas veces exiguas dado su carácter estático y abstracto. No se debe olvidar, además, que el Estado podría incurrir en una discriminación indirecta si solo concibe normativa que condene, prohíba y castigue la discriminación sin adoptar otras acciones que coadyuven a conseguir una verdadera igualdad. Entonces en defini-

2 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 8 de agosto de 2013. Exp. N° 00199-2013-AA/TC, f. j. 19.

3 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 28 de junio de 2004. Exp. N° 0606-2004-AA/TC, f. j. 11.

tiva, y siguiendo la concepción que de los modelos de configuración jurídica de la igualdad esgrime el ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli (2007), la igualdad material rompe con el esquema tradicional y se ubica en el modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias; el cual en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias (que suele suceder en el caso de la igualdad formal), garantiza a todas (las diferencias) su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales (p. 10).

2. LA OBLIGACIÓN DEL TRATO DIFERENTE COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD MATERIAL

En la discusión jurídica contemporánea se ha puesto sobre la mesa un tema que es sumamente interesante y debatible como es la obligación estatal de adjudicar un tratamiento diferente a las personas que se encuentran en situaciones desiguales con la finalidad de conseguir el escenario deseable de la igualdad. Se ha señalado preliminarmente que la igualdad, como tal, supone entender que existen ciertas circunstancias reales de desigualdad que no pueden ser totalmente solucionadas o atendidas con el enunciado tradicional: “todos los seres humanos son iguales” o “todos merecen un trato igual”.

Atendiendo a ello, tanto el aparato legislativo como el juez o la jueza pueden (y de hecho deben) introducir tratamientos distintos a situaciones que no son realmente iguales o análogas. Sobre esto último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “Corte IDH”), siguiendo en el fondo la misma idea que ya se había anotado antes, considera que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”⁴. Convenimos, entonces, en que son admisibles los tratamientos jurídicos distintos en procura de la igualdad sustancial o real. Empero, este mandato de tratamiento desigual a circunstancias diferentes no es tan estricto como la prohibición de tratar igual a los iguales, sobre todo cuando va dirigido al legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales, ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que obligue la diferenciación⁵. Por ello, “solo si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, estará ordenado un tratamiento desigual” (Alexy 2002 p. 395).

4 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. 17 de setiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89.

5 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia de 28 de marzo de 2012. C-250/12, pág. 82.

En consecuencia, la obligación de tratamiento desigual no es una carta blanca, sino que, existen límites que se deben seguir para que una diferenciación se enmarque dentro de los parámetros de la justicia. Por esta razón, una diferencia de trato cruzará los límites, y por tanto será una discriminación, si no tiene justificaciones objetivas y razonables. En otras palabras, si es que no persigue un objetivo legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios que se empleen para tal diferenciación y el objetivo que se pretende⁶. Estos límites deben ser seguidos tanto por quien crea las normas (legislador o legisladora) como por el que aplica (juez o jueza). Claro está, que quien imparte justicia tendrá un ámbito de apreciación más reducido respecto de quien crea o configura la ley. Este punto será desarrollado pormenorizadamente en el apartado siguiente.

En tal orden de cosas, se precisarán ahora aquellos elementos y estándares para determinar si un tratamiento distinto es o no una discriminación a la luz, básicamente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte IDH a fin de extraer elementos comunes y esclarecer el método más idóneo para la determinación de la constitucionalidad-convencionalidad del tratamiento desigual. Ello será de suma utilidad en lo sucesivo para comprender la naturaleza de la intervención del Estado en el mandato de no discriminación al momento de adoptar acciones afirmativas.

3. MÉTODO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE UN TRATAMIENTO DIFERENTE

En este acápite se llevará a cabo un desarrollo sobre el o los mecanismos utilizados para la determinación de la intervención en el principio de igualdad mediante un trato diferenciado. Este análisis servirá para comprender luego el motivo de la clasificación de las acciones afirmativas en cuatro subtipos.

Sobre el particular, se conocen diversos medios para medir la constitucionalidad de un trato diferenciado: un test de proporcionalidad usado por la Corte IDH y por el Tribunal Constitucional peruano de manera particular para medir la legitimidad de los tratos diferenciados; el test de igualdad según niveles de escrutinio desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y, el llamado test integrado de igualdad configurado en la labor jurisdiccional de la Corte Constitucional de Colombia. Sin perjuicio de la conveniencia de las modalidades utilizadas por estos tribunales, en este espacio desarrollaré el test

6 TEDH. *Caso Marckx Vs. Bélgica*. Sentencia de 13 de junio de 1979. Aplicación No. 6833/74, párr. 33; *Caso Abdaluziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido*. Sentencia de 28 de mayo de 1985. Aplicación No. 9114/80, 9473/81 y 94747/81, párr. 72 y *Caso Hämäläinen Vs. Finlandia*. Sentencia de 16 de julio de 2014. Aplicación No. 37359/09, párr. 108.

de proporcionalidad para la determinación de la legitimidad del tratamiento desigual empleado por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional peruano⁷, con ciertos matices y añadiduras doctrinales con la finalidad de determinar, con mayor certeza, la validez de las acciones afirmativas y su procedencia.

En primer lugar, hay que señalar que el llamado test de proporcionalidad es aquella técnica que suelen usar jueces, juezas y tribunales en aquellos supuestos donde están en conflicto derechos fundamentales y demás valores constitucionales que exijan la obtención de fines legítimos (Bernal 2007; Guastini 2007). Según la doctrina (Alexy, Óp. Cit.) y el Tribunal Constitucional peruano, en la aplicación del mismo deben seguirse los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que serán analizados a continuación.

3.1. Idoneidad de la medida: examen de idoneidad de la acción afirmativa propuesta

En primer lugar, para la determinación de la constitucionalidad de un programa o medida de acción afirmativa que se pretenda llevar adelante, se requiere examinar su idoneidad. En ese sentido, que la medida sea idónea significa, en primer lugar, que ésta debe tener un fin legítimo y, en segundo lugar, que la misma debe ser objetivamente adecuada para su realización (Sánchez, 2007). Dicho de otro modo, el medio escogido y el objetivo perseguido o propuesto deben mantener recíprocamente una relación racional⁸.

En esa perspectiva, se puede argumentar que la implementación de una medida o programa de acción afirmativa tiene, *prima facie*, un fin legítimo como es la consecución de la igualdad fáctica o material de las personas pertenecientes a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Luego, tenemos que, de manera preliminar, las acciones afirmativas constituyen una medida objetiva en tanto se persigue una finalidad real y concreta, que además es medible en términos de resultados y eficiencia.

3.2. Necesidad de la medida: examen de necesidad de la acción afirmativa propuesta

Bajo esta fase del test ha de analizarse si existen medios alternativos respecto del escogido que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Como bien ha explicitado el Tribunal Constitucional peruano, se trata

7 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 5 de junio de 2008. Exp. N° 579-2008-PA/TC, f. j. 25.

8 Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfG, 10, 89 (117). Sentencia del 29 de julio de 1959.

del análisis de una relación entre medios⁹. Es decir, se debe verificar si es que existen medios alternativos a una acción afirmativa, y que estos puedan promover, al menos, igualmente el fin perseguido; obstaculizando en una menor medida los derechos fundamentales de terceros –no pertenecientes a los grupos beneficiados con las medidas-. O sea, no debe ocurrir que la misma finalidad (el de propiciar una igualdad material para el caso de las acciones afirmativas) pudiera alcanzarse a un coste menor (Atienza 2010 p 3).

En buena cuenta lo que se busca en esta parte del análisis es la determinación de si una acción afirmativa es la única manera posible de alcanzar la igualdad material. En este punto se busca descartar cualquier otra medida que pudiera alcanzar la misma finalidad pero a un costo relativamente menor, dígase, sin obstaculizar en mayor medida los derechos o libertades de quienes son están incluidos en el grupo beneficiado.

Puede ser éste un análisis tedioso en el sentido de que obliga al legislador y a la legisladora –y posteriormente al juzgador o la juzgadora- a ponerse en todos los escenarios e imaginar múltiples medidas para conseguir la igualdad material distintas a la adopción de las acciones afirmativas. No obstante, creo que la situación amerita tal exhaustividad dado que se tratan de medidas que van, en última instancia, influir en la estructura social y calar en algo tan significativo como es la igualdad de las personas.

3.3. Proporcionalidad en sentido estricto de la medida

En última instancia se debe poner bajo la lupa la estricta proporcionalidad de la acción afirmativa que se propone. Es decir, verificar, primero, el grado de afectación del derecho y, segundo, la importancia de la satisfacción del bien contrario (Bernal 2010; 2002) para, finalmente, contrastar si la satisfacción del primero justifica la restricción del segundo en cuestión, es decir, llevar a cabo en sí misma la ponderación (Clérico 2009). Este mismo análisis es el que ha desarrollado en su jurisprudencia la Corte IDH, para quien en este último paso del análisis se debe considerar si la restricción resulta estrictamente proporcional, de forma tal que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con la restricción u obstaculización¹⁰.

En este punto, a mi modo de ver, es que se deben analizar los niveles de intervención de la acción afirmativa, es decir, determinar si se trata de una medida

9 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 29 de octubre de 2005. Exp. N° 045-2004-PI/TC, f. j. 39.

10 Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 79.

de leve, intermedia o alta intervención en el derecho o libertad de los terceros no pertenecientes a los grupos a los cuales está dirigida la acción.

El examen de la proporcionalidad en sentido estricto, entendida como una fórmula hasta cierto punto aritmética, otorga diversos pesos a los derechos que puede obstaculizar una medida de acción afirmativa y les da prevalencia o no en razón con estas últimas. Por ejemplo, en el caso de una medida de acción afirmativa establecida mediante cuotas de género dirigida a los partidos políticos, un tribunal que siga este análisis encontrará que la restricción u obstaculización del derecho a la libre asociación de las entidades políticas no se ve altamente sacrificado en razón con el objetivo que se logra con la implantación de las cuotas de género. Ello porque solo se trata de una interferencia débil en tanto solo afecta un porcentaje del total de personas adscritas a las listas de los partidos.

Este test de proporcionalidad como criterio para la determinación del grado de incidencia de las acciones afirmativas no es una tarea vacua pues, como veremos posteriormente en este artículo, servirá para determinar el grado de análisis según el subtipo de acción afirmativa que se adopte.

4. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Luego de plasmar las consideraciones generales respecto del principio de igualdad; del mandato de no discriminación; del mandato de trato diferente, y la forma de determinar la constitucionalidad-convencionalidad del mismo, se trasladará ahora el análisis al tema central de este estudio que es, el de las acciones afirmativas, cuyo concepto más exacto y objetivo las concibe como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro.” (Santiago 2007 p. 197). En buena cuenta, y a decir del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Marc Bossuyt*: “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”¹¹. Esta última será la idea alrededor de la cual girará el desarrollo posterior del presente artículo.

Estas acciones, que nacen precisamente como una forma de trascender la igualdad formal llevándola al terreno material, han encontrado tanto defen-

11 ONU. *El Concepto y Práctica de la Acción Afirmativa*. Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Marc Bossuyt. 53º Período de Sesiones. E/CN.4/Sub.2/2002/21, de 17 de junio de 2002, párr. 6.

sores como detractores en la doctrina y, en general, en la jurisprudencia que desarrollan las altas cortes de la región y de otras latitudes. Quienes están en contra de las acciones afirmativas argumentan que ellas, en realidad, no combaten la desigualdad sino que perpetúan los estereotipos y remarcan la idea de que dentro de una misma sociedad hay ciertos grupos condenados, por su naturaleza misma, a ubicarse siempre en una condición de inferioridad. De igual forma, Ronald Fiscus (1992) observa que los debates sobre lo adecuado o no de las acciones afirmativas giran en torno a cuestiones tales como la necesidad del programa; la selección de los grupos destinatarios; la equidad/injusticia del programa, etc. (p. 112).

No obstante ello, y sin perjuicio de volver más adelante al tema para plantear algunas consideraciones a dicho argumento en contra de las acciones afirmativas, es necesario tratar los aspectos más importantes sobre ellas para tener una idea clara y esquematizada al respecto. De tal manera, en primer lugar se verificará un breve desarrollo histórico de las acciones afirmativas, tratando de comprender su naturaleza tanto en su génesis como en la actualidad. Una segunda fase de estudio, estará destinada a tratar los elementos que componen estas acciones para finalmente tratar acerca de los tipos de acciones afirmativas presentes en la discusión actual aportando una clasificación propia.

4.1. Surgimiento de las acciones afirmativas: del constitucionalismo norteamericano hasta una teoría actual

Cuando la doctrina aborda el tema de las acciones afirmativas, y en específico su progreso histórico, lo hace desde el desarrollo que estas tuvieron en los Estados Unidos de América. Sin embargo, existen evidencias académicas y políticas que sugieren que las acciones afirmativas ya se habían llevado a cabo (al menos en su estructura filosófica más esencial) en la India donde, aún bajo el dominio británico hacia finales del Siglo XIX, se establecieron reservas de plazas en las instituciones educativas para los que no eran *Brahmines*, es decir, para aquellas personas que no constituían parte de la mayoría, en donde básicamente estaban insertadas las clases reprimidas o sectores atrasados social, económica y políticamente (Sánchez, 2014 p. 76). Asimismo, existe constancia de que la primera alusión a estas medidas a nivel internacional fue dada por la India durante la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo anterior, solo como una precisión o dato preliminar a tener en cuenta pues las acciones afirmativas tuvieron su auge y desarrollo más marcado en el derecho norteamericano, es por ello que el análisis girará en torno a su surgimiento en los Estados Unidos.

Lo primero que hay que decir es que la idea de las acciones afirmativas emerge como consecuencia de una historia estadounidense de discriminación racial y sexual, en la cual, se comenzó a exigir una intervención decidida del Estado en favor de las minorías para hacer efectivos derechos consagrados en la Constitución que fueron por tanto tiempo conculcados (Campos 2011). Claro ejemplo de ello era la exclusión de ciertos espacios de participación social; laboral; política o económica de los afrodescendientes y de las mujeres en dicho país. En ese contexto, es que los primeros atisbos de la idea de acción afirmativa (aunque no se les hiciera referencia expresa como tal todavía) se pueden ubicar en la Constitución de Estados Unidos de América y, siendo más concisos, en sus decimotercera, decimocuarta e incluso decimoquinta enmiendas (González 2010).

Es dentro de esa primera aproximación hacia la igualdad (aunque con vaivenes de entendimientos y situaciones), que aparece en el año 1935, por primera vez en los Estados Unidos, el término “acción afirmativa” en el *New Deal Wagner Act*, en donde se las definió textualmente como “la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica” (Compulsa 1999 p. 31; Kemelmajer De Carlucci 2011 p. 53).

Diecinueve años después de ello, ya en lo concerniente al acceso a la educación, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (en lo sucesivo, “Corte Suprema de EE UU”) tuvo que dirimir el paradigmático caso conocido como *Brown v. Board of Education*¹² en el cual, revocando el precedente *Plessy v. Ferguson*¹³ (que estableció la desafortunada doctrina: “separados pero iguales”), sostuvo que la segregación racial en las escuelas era ilegal. Ello permitiría luego un vasto desarrollo sobre esta temática en la sede del máximo tribunal norteamericano.

Luego, en marzo del año 1961, durante el gobierno de John F. Kennedy, se dispuso mediante la Orden Ejecutiva N° 10925 la adopción de acciones afirmativas en el ámbito laboral para así hacer frente a las prácticas generalizadas de discriminación racial, religiosa y étnica. Como vemos, en su desarrollo primigenio, esta categoría jurídica estuvo más vinculada al campo laboral y educativo con ciertas resistencias.

Posteriormente, se dieron hechos claves como la dación de la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles) de 1964 -que prohibía la discriminación en el empleo, ampliando los motivos prohibidos a razones de color, religión u origen nacional- y la emisión de la Orden Ejecutiva N° 11246 durante la administración del

12 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Brown v. Board of Education of Topeka*. Sentencia de 17 de mayo de 1954. 347 U.S. 483 (1954).

13 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Plessy v. Ferguson*. Sentencia de 18 de mayo de 1896. 163 U.S. 537 (1896).

presidente Johnson mediante la cual se estableció la Comisión de Oportunidades de Empleo que, en esencia, preveía que los contratistas y subcontratistas federales adoptasen las acciones afirmativas necesarias para garantizar que los solicitantes de empleo y los empleados sean tratados de manera tal que su raza, credo, color u origen nacional no significara una desventaja respecto de los demás. No obstante, esta medida solo beneficiaba a hombres por lo cual en el año 1967 el mismo presidente Johnson emitió la Orden Ejecutiva N° 11375 que extendió la obligación de adoptar dichas medidas en favor de las mujeres.

Así, durante los siguientes años el desarrollo sobre las acciones afirmativas buscaba afinarse en los Estados Unidos y extenderse a otros ámbitos de la vida norteamericana para otros grupos históricamente marginados batallando con un amplio sector que se les oponía. Paralelamente, en Europa también se fue dando un fenómeno similar con adopción de medidas similares. No obstante, conviene acotar que la perspectiva europea, en específico la de la Unión Europea, fue en sus inicios más estrecha que las adoptadas en Estados Unidos porque se refería solo a medidas relacionadas con la posición de las mujeres en el empleo (Kristic 2003).

Insertada en dicho contexto, la Corte Suprema de EEUU resolvió hacia finales de los años setenta el caso *University of California v. Bakke*¹⁴ que versaba sobre el rechazo a la solicitud de admisión a la Facultad de Medicina de California de un hombre blanco, Allan Bakke, mientras que estudiantes de minorías raciales cuyos expedientes no eran tan buenos como el de él lograron ingresar. El tribunal norteamericano consideró, con cinco votos a favor y cuatro en contra, que la Ley de Derechos Civiles no prohibía la adopción de programas de acciones afirmativas. En este mismo caso, el juez Powell señaló, en su opinión personal, que la Constitución norteamericana no prohibía tomar en cuenta la raza como criterio a ser valorado para un proceso de admisión de estudiantes siempre que las cuotas no sean rígidas y que la universidad justifique debidamente la preferencia por determinada minoría.

Pese a esto, el caso encierra en sí mismo un aspecto a tomar en cuenta para el futuro; y es que en realidad, la decisión manda a que las clasificaciones raciales orientadas a compensar un perjuicio “deben contribuir a objetivos gubernamentales importantes y deben estar sustancialmente relacionadas con el logro de tales objetivos” (Dworkin 2012 p. 384). Surge pues la incógnita que hasta ahora encierra el debate, sobre si es legítimo que las acciones afirmativas promuevan el beneficio de algunos “perjudicando” a otros.

14 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso University of California Regents v. Bakke*. Sentencia de 28 de junio de 1978. 438 U.S. 912 (1978).

Durante los años 1979 y 1980, la discusión volvería al tribunal supremo en dos casos que dieron más luces sobre la naturaleza de las acciones afirmativas y en los cuales se precisaron algunas consideraciones sobre las dudas surgidas en el caso de Allan Bakke. Los casos en cuestión son *Steelworkers of America v. Weber*¹⁵ y *Fullilove v. Klutznick*¹⁶ respectivamente. En el primero de ellos, un caso de programas de acciones afirmativas en favor de personas afrodescendientes en el ámbito del empleo privado, la Corte Suprema de EEUU consideró que éstos eran constitucionales debido a tres motivos: primero, se trataban de medidas temporales; segundo, estas no generaban perjuicio a las personas blancas que postulaban a una plaza y, tercero, que no utilizaba mecanismos abusivos como despidos o reemplazos para cumplir con la cuota racial en la empresa.

Por su parte, en el segundo caso citado, con seis votos contra tres la Corte norteamericana declaró constitucional que el Congreso de dicho país adoptara acciones afirmativas basándose en el uso de un criterio prohibido tal como lo es la raza y, precisó además, que dichas medidas no significaban bajo ninguna circunstancia una contribución a la práctica estigmatizante de los grupos beneficiados de las mismas. Como se observa, fueron dos los avances a resaltar y que ayudaron *a posteriori* a la consolidación de estas medidas; por un lado, se estableció el carácter temporal de las acciones afirmativas y, por otro, se permitió el uso de los motivos prohibidos para justificar la puesta en marcha de las mismas.

El tema siguió en la palestra y, presumiblemente por la proliferación de la discriminación racial camuflada en programas de acciones afirmativas, en 1984 el tribunal acotó el marco permisible para la elaboración de estas medidas al señalar que la sola pertenencia a un grupo desventajado o desfavorecido históricamente no conllevaba a la adopción automática de ciertas ventajas.¹⁷ Asimismo, sostuvo que, en el campo laboral, está prohibido el despido de un trabajador blanco para conseguir la realización de un programa de acción afirmativa colocando a uno perteneciente al grupo de personas afrodescendientes. Con lo cual, sienta las bases para concluir que es innegable que las acciones afirmativas van a interferir en los derechos de aquellos sujetos que no se encuentran inmersos en el grupo beneficiado de las mismas pero, ello debe respetar el principio de no impedimento según el cual “puede estar justificado obstaculizar para ciertos individuos el acceso al empleo, una plaza universitaria, etc., como medida de una política de promoción de la igualdad, pero no el impedimento” (Alemany 1999 p. 113).

15 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso United Steelworkers of America v. Weber*. Sentencia de 27 de junio de 1979. 433 U.S. 193 (1979).

16 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Fullilove v. Klutznick*. Sentencia de 2 de julio de 1980. 448 U.S. 448 (1980).

17 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts*. Sentencia de 12 de junio de 1984. 467 U. S. 561 (1984).

De ahí en adelante, antes de ingresar al nuevo milenio, fueron básicamente dos los casos más relevantes en los que se trató el tema de las acciones afirmativas. Así, en el año 1986 el caso *Sheet Metal Workers v. EEOC*¹⁸ dio a la Corte Suprema de EEUU la oportunidad de señalar que las acciones afirmativas son un remedio válido a favor de aquellas personas que, siendo parte de una determinada categoría beneficiada, no hayan sido ellas mismas perjudicadas de manera directa por la discriminación sufrida por el grupo desventajado en sí como conjunto. Por ello, podemos concluir que las acciones afirmativas –inevitablemente– van a beneficiar a personas no discriminadas. En consecuencia, para ser beneficiado de estas medidas basta con pertenecer al grupo más no es necesario haber sufrido las consecuencias de algún trato discriminatorio de manera personal.

Finalmente, el pasado milenio culminó con un fallo interesante en el caso *City of Richmond v. J.A. Croson Company*¹⁹ en el que el supremo tribunal consideró que las acciones afirmativas empleadas en base a criterios raciales deben superar un escrutinio estricto a fin de ser constitucionales. Ya con el devenir del nuevo milenio tenemos dos últimas sentencias que merecen revisión por lo que significan y son: *Grutter v. Bollinger y otros*²⁰ y *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*²¹. En el primero de ellos, el tribunal consideró, por cinco votos contra cuatro, que las acciones afirmativas en las universidades que buscaban aumentar el número de estudiantes pertenecientes a grupos raciales minoritarios eran constitucionales siempre que su objetivo sea conseguir la diversidad racial en la educación. De igual forma, también reiteró como válida la recurrencia al criterio prohibido de la raza para diseñar programas o planes de acción afirmativa; algo que dejó entrever en sus primeras sentencias sobre el tema y que luego paulatinamente fue consolidando.

En el segundo caso citado en esta parte del estudio, y que es el más reciente además, la Corte Suprema de EEUU conoció sobre la llamada “Propuesta 2” o “Iniciativa de Derechos Civiles de Michigan” que se aprobó en el año 2006 por referéndum y que modificó la Constitución de dicho Estado con la finalidad de no permitir tratamientos preferenciales en la educación pública; en los contratos estatales, y en el empleo público, basados en la raza, el origen étnico, el sexo o el origen nacional. Así, en la práctica lo que ocurrió fue la eliminación de las acciones afirmativas.

18 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Sheet Metal Workers v. EEOC*. Sentencia de 2 de julio de 1986. 478 U. S. 421 (1986).

19 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso City of Richmond v. J.A. Croson Co.* Sentencia de 23 de enero de 1989. 488 U.S. 469 (1989).

20 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Grutter v. Bollinger y otros*. Sentencia de 23 de junio de 2003. 539 U. S. 306 (2003).

21 Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*. Sentencia de 22 de abril de 2014. 134 S. Ct. 1623 (2014).

Ante tales hechos planteados a su jurisdicción, el tribunal estadounidense, en primer término, consideró que lo que se estaba poniendo en debate era quien podía o estaba legitimado para resolver la controversia (haciendo referencia a que fue mediante un referéndum que se modificó la Constitución del Estado de Michigan limitando derechos). En consecuencia, tuvo que determinar si es que la modificación constitucional, a través de dicho mecanismo de participación política, respetaba o no la cláusula de igual protección de la decimocuarta enmienda.

Al resolver dicha cuestión, el tribunal estableció que no constaban argumentos ni en la jurisprudencia sobre el tema, ni en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, que admitirían algún tipo de cuestionamiento sobre la fuerza democrática de los votantes de Michigan. Igualmente, la Corte indicó que las acciones afirmativas son aceptables dentro de las decisiones de los Estados; lo que origina que, si bien podrían ser reconocidas en algunas circunstancias en forma de cuotas de admisión, su no regulación tampoco generaría una vulneración al principio de igualdad. Ello, puede ser perfectamente entendible como un retroceso en materia de acciones afirmativas.

Hasta aquí, vemos que el desarrollo del derecho norteamericano, en lo que toca a las acciones afirmativas, ha sido el más prolijo que se conoce aunque con algunos reveses y límites propios de las resistencias de una sociedad que, desde siempre, se ha visto no tan amigable con la idea de las acciones afirmativas. Sin embargo, el desarrollo estadounidense sobre el tema sienta los criterios más relevantes y delimita los contornos primarios para una conceptualización de estas medidas que sean correspondientes con su naturaleza intrínseca.

4.2. Elementos de las acciones afirmativas

En el presente acápite se hará una revisión panorámica, a partir de cierta jurisprudencia y doctrina, a fin de extraer los elementos constitutivos de las acciones afirmativas. En principio, el análisis se apoyará en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Bélgica y la Corte Constitucional de Sudáfrica por ser estos dos tribunales principalmente los que han dado ciertos elementos a partir de una definición de acción afirmativa generalmente aceptada. En tal sentido, propongo extraer al menos cuatro elementos, que son: la existencia de una desigualdad manifiesta; el objetivo de eliminar las desigualdades; la temporalidad de la medida, y la no restricción indebida de los derechos de los grupos no beneficiados con la medida²². A continuación, estos serán objeto de desarrollo en extenso.

22 Corte Constitucional de Bélgica. *Caso Jurgen Ceder y otros*. Exp. N° 4311. Sentencia 39/2009 de 11 de marzo de 2009, pág. 21, y Corte Constitucional de Sudáfrica. *Caso Willemse v. Patelia N.O. y otros*. Sentencia de 16 de octubre de 2006. Caso J1161/2004. [2006] ZALC 92, párr. 19 y sgts.

4.2.1. La existencia de una desigualdad manifiesta

La existencia de una desigualdad manifiesta quiere decir que si fácticamente no existe ninguna desigualdad comprobable, no hay justificante para un trato diferente. Ello significa que quien quiera legitimar la puesta en marcha de una acción afirmativa (legislador, legisladora, juez, jueza o incluso un privado) debe, en primer lugar, demostrar que el grupo beneficiado por el programa de acción afirmativa es uno relegado de derechos y, en consecuencia, se encuentra en una situación de desventaja respecto del resto de la sociedad.

Es decir, se debe; en primer lugar, identificar la existencia de un grupo como entidad individualizable (grupo contenido en los motivos prohibidos de discriminación); en segundo lugar, se debe comprobar que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etc.); finalmente se debe verificar que el referido grupo resulta o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo tal que su situación de sometimiento se perpetúe al punto de volverse una situación de desgraciada naturalidad (Saba 2008 p. 734). Solo bajo estos tres parámetros específicos, es que se puede llegar a comprobar la existencia de una desigualdad en el panorama fáctico. De no existir esta desigualdad, lógicamente que no hace falta emprender medidas o programas de acciones afirmativas; ello bajo la lógica de ser, las acciones afirmativas, en última *ratio* una especie de “compensación simbólica por el pasado de desigualdad” (Katzneslon 2005 p.189).

4.2.2. El objetivo de eliminar la desigualdad existente

En segundo término, las acciones afirmativas deben estar dirigidas expresamente a eliminar las desigualdades comprobadas y que dieron origen a su adopción. Su objetivo es éste, precisamente, porque son “activas” y, consecuentemente, deben perseguir de manera dinámica eliminar dicha situación de desigualdad. Por consiguiente, una política o programa plasmados bajo la idea de una acción afirmativa no podrá ser tal si no tiene el objetivo de corregir la posición que determinados miembros de un grupo tienen en uno o más aspectos de la vida social para conseguir la igualdad.

4.2.3. La temporalidad de la medida

A lo largo de este trabajo se ha convenido en que el propósito de las acciones afirmativas es desaparecer las desigualdades de hecho. En ese sentido, mantenerlas en el tiempo luego de que las circunstancias de desigualdad han des-

aparecido sería irrelevante. Por ello, se dice que “este tipo de medidas no han de mantenerse en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”²³, sino solo mientras persistan las desigualdades.

Esta idea también ha sido reforzada por la Corte Constitucional de Colombia al señalar que las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser²⁴. Lo mismo ha sido puesto de relieve en el contexto interamericano en el artículo 5º tanto de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia como en la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia que, aunque ambas aún no se encuentran en vigencia, constituyen instrumentos internacionales novedosos en el avance hacia la promoción de la igualdad. En el ámbito cuasi-jurisdiccional interamericano, ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que de manera expresa ha indicado que “las acciones afirmativas están condicionadas a la existencia de las pautas de discriminación que se busca corregir y durarán hasta que se logre la igualdad real de oportunidades”²⁵.

No obstante, ello pareciera ser una utopía en el mundo actual, pues encontramos que pese a que en muchos lugares se han adoptado acciones afirmativas como, por ejemplo, las cuotas electorales para la participación femenina en los partidos políticos, la participación de ellas sigue siendo muy inferior en relación a la participación masculina. Entonces, el elemento de la temporalidad pareciera disiparse en un escenario real que pareciera abogar por la perpetuidad de las desigualdades. Sobre ello, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en lo sucesivo, “Comité CERD”) ha considerado que “el plazo permitido para la aplicación de las medidas variará según cuáles sean sus objetivos, los medios utilizados para alcanzarlos y los resultados de su aplicación. Por consiguiente, las medidas especiales deben ajustarse considerablemente para que respondan a las necesidades particulares de los grupos o individuos interesados”²⁶.

Ahora, si bien es aceptado como un elemento general el carácter temporal de las acciones afirmativas (que es, de hecho, el elemento que más las identifica), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en lo sucesivo,

23 ONU. Comité Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. *Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*. Observación General Nº 32. U.N. CERD/C/GC/32, de 29 de setiembre de 2009, párr. 27.

24 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alvaro Tafur Galvis. Sentencia de 21 de octubre de 2003. C-964/03, pág. 25.

25 CIDH. *Acceso a las Justicias para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. 20 de enero de 2007. párr. 113.

26 ONU. Comité Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. *Loc. Cit.*

“Comité DESC”) parece ponernos una salvedad al indicar en su Observación General N° 20 que algunas acciones afirmativas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria²⁷.

Al respecto, hay que aclarar que el Comité DESC pareciera confundir entre derechos propios –que son autónomos e inherentes– de los grupos en situación de vulnerabilidad y las acciones afirmativas. Consecuentemente, no se pierde el carácter temporal de las acciones afirmativas; si hiciéramos flexible este carácter ya no estaríamos hablando de acciones afirmativas sino de otro tipo de medidas.

Luego de dicha aclaración, surge ahora la pregunta: ¿Y cómo saber hasta cuándo deben operar las acciones afirmativas? Es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones más problemáticas a resolver cuando se habla de las acciones afirmativas. Sin embargo, aquí se propone un mecanismo para decidir cuándo es que estas se deben dejar de aplicar, básicamente siguiendo el razonamiento del Comité DESC que dice:

La exigencia de que se limite el período para el cual se hayan adoptado las medidas conlleva la necesidad, como en el diseño e iniciación de las medidas, de un sistema continuo de seguimiento de la aplicación y los resultados que utilice métodos de evaluación cuantitativa o cualitativa, según proceda. Los Estados parte deben determinar con detenimiento las posibles consecuencias negativas para los derechos humanos de las comunidades beneficiarias de la suspensión abrupta de las medidas especiales, máxime si estas se han adoptado por un período prolongado²⁸.

Entonces, para medir la temporalidad y, en consecuencia, saber cuándo se deben cesar las acciones afirmativas, en primer lugar, se deben crear “indicadores”; un concepto y criterio que se utiliza en la elaboración de las políticas públicas. Con ello, se podrá medir en plazos cortos, medianos y largos, por medio de estadísticas, cuantas personas siguen siendo relegadas del campo en el cual están accionando este tipo de medidas, y cuantas personas se han vuelto beneficiadas de manera efectiva y, por ende, no se encuentran sufriendo las consecuencias discriminatorias de los tratos anteriores a las mismas. En segundo término, al interrumpir los beneficios de las acciones afirmativas deberá hacerse gradualmente, de manera tal que no se limite o elimine de manera repentina el goce de los beneficios desprendidos del programa.

27 ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Observación General N° 20. U.N. E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009, párr. 9.

28 ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Ídem*, párr. 35.

4.2.4. La no restricción indebida de los derechos de los grupos no beneficiados con la medida

El cuarto y último elemento tiene que ver con que la medida de acción afirmativa no interfiera de manera abusiva o indebida en el goce o disfrute de los derechos y libertades de terceros; específicamente, de aquellos sujetos no pertenecientes a los grupos beneficiados por la misma. Los detractores de la adopción de este tipo de medidas frecuentemente recurren a este argumento para sostener su inviabilidad aseverando que son, al final de cuentas, injustas. Del otro lado de la acera, quienes defienden las medidas de acción afirmativa niegan la relevancia de estas consideraciones o afirman, en su lugar, que más allá de la fuerza que puedan tener tales críticas, los riesgos de no hacer nada frente a la creciente discriminación son mucho mayores que los aspectos negativos que se presentan al tomar medidas que pudieran interferir en los derechos y libertades de los no beneficiados (Days III 2003 p. 52).

Sobre ello hay que precisar, en primer lugar, que si es posible la restricción de ciertos derechos y libertades lo cual es abiertamente reconocido, incluso por la Corte IDH, al recordar que los derechos humanos no son absolutos²⁹. Sin embargo, en este punto conviene resaltar el análisis acertado que hace el profesor español *Macario Alemany* (1999) -a quien se trajo a colación anteriormente- quien advierte las acciones afirmativas pueden “obstaculizar” para los individuos no pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, el acceso al empleo, una plaza universitaria, etc., pero no pueden “impedirlo”.

Bajo esta lógica, cualquier medida de acción afirmativa que pretenda implantar el Estado debe configurarse teniendo cuidado siempre de no impedir el ejercicio de los derechos de terceros, sin perjuicio de la permisión de su obstaculización. En todo caso, la determinación deberá hacerse teniendo en cuenta el método para la determinación de la constitucionalidad del trato diferente que se expuso antes con el test de proporcionalidad.

5. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS: PROPUESTA DE UNA TIPOLOGÍA

Cierto sector minoritario de la doctrina especializada en el tema, sobretudo en inglés, ha seguido algunos esfuerzos para establecer cuáles serían los tipos o clases de acciones afirmativas con la finalidad de ordenar el estudio sistemático de esta institución jurídica.

29 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 174.

En el presente apartado, y sin perjuicio de que existan otras, se propondrá una clasificación de acciones afirmativas partiendo de un análisis muy particular hecho por la Corte Constitucional de Colombia, tribunal para el cual las acciones afirmativas se clasifican en tres tipos. Empero, también se añadirá una cuarta clase de acción afirmativa y se explicará el porqué de esta añadidura propia.

Como se advirtió, el presente análisis partirá del desarrollo jurisprudencial de la más alta corte colombiana por ser ésta, a decir de muchos estudiosos y estudiosas, la que a nivel judicial latinoamericano ha abordado de mejor manera la naturaleza y todo lo que encierra la idea de acción afirmativa. Así, la Corte Constitucional colombiana, entendiendo que las acciones afirmativas “están dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva”³⁰ intentó clasificarlas, por vez primera, en el año 2010 explicitando dos tipos a saber: acciones de promoción o facilitación y las acciones de discriminación inversa³¹. Posteriormente, en el año 2011, la misma corte estableció una nueva clasificación, que es la siguiente: acciones de concientización; acciones de promoción, y acciones de discriminación inversa³². A estos tres tipos de acciones afirmativas señaladas por el máximo ente jurisdiccional colombiano, sumaré el desarrollo de un cuarto elemento que, a mi parecer, serían los ajustes razonables y en las subsecuentes líneas explicaré la razón de su inclusión.

5.1. Acciones de concientización

Las acciones de concientización son aquellas que están encaminadas a la formación y orientación en un determinado auditorio, así como a la sensibilización en torno a un problema³³. Como ejemplos de este tipo de acciones afirmativas tenemos los cambios en el lenguaje de los anuncios que solicitan postulantes para trabajos o concursos; los requisitos que son especificados para el acceso a puestos o servicios; los mecanismos especiales de difusión u orientación; cambios en la imagen corporativa de las empresas, organizaciones o partidos políticos; inclusión de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad en las instancias de evaluación y selección, o la orientación a carreras no tradicionales para las personas de grupos en situación de vulnerabilidad (Soto 2007 p. 76).

30 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jaime Araújo Rentería. Sentencia de 16 de agosto de 2006. C-667/06, pág. 17.

31 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia de 21 de abril de 2010. C-293/10, pág. 48.

32 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia de 19 de diciembre de 2011. T-275/11, párr. 32.

33 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. *Íbidem*.

Crear conciencia sobre la necesidad de la existencia de planes y programas de acciones afirmativas es, qué duda cabe, la labor más complicada dado que aún el discurso de quienes se oponen a la implantación de esas medidas sostienen, con argumentos importantes, la paradoja de las acciones afirmativas en cuanto a sus efectos adversos. A nivel supranacional, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, en múltiples ocasiones ha señalado, con motivo de observaciones finales a países que “el Estado debe llevar a cabo la capacitación y la sensibilización sobre las medidas especiales de carácter temporal, en particular para los miembros de su legislatura pero también a todos los poderes públicos, la policía y las fuerzas armadas a fin de hacer prevalecer la conciencia sobre la importancia de estas medidas como medio para cumplir con el principio de igualdad sustantiva”³⁴. De manera que, construir medidas de acción afirmativa mediante políticas de concientización, considero, es el primer peldaño que se debe subir en la escala de medidas de esta naturaleza.

5.2. Acciones de promoción

En segundo término, las acciones de promoción son aquellas que están dirigidas, como su nombre lo indica, a impulsar la igualdad a través de incentivos como becas; exenciones tributarias; estímulos, etc., que vinculan no sólo al sujeto, sino que generan una expectativa en favor de quien adelante la acción deseada. La protección a la maternidad, a título de ejemplo, también se encuentra en esta categoría³⁵.

Lo que se pretende con este tipo de acciones afirmativas es en buena cuenta conseguir que no solo los sujetos beneficiados sino que, aquellos que lleven a cabo acciones afirmativas sean de alguna manera beneficiados con su adopción. Bajo esta línea se encontrarían los llamados programas de incentivos los cuales establecen ciertos beneficios adicionales, premios o distinciones para quienes promuevan la superación de la situación de discriminación de un determinado grupo en situación de vulnerabilidad. *Clyde Soto* propone que pueden ser incentivos fiscales para empresas que promuevan la igualdad; el aumento de subsidios electorales para partidos que lleven a mujeres, indígenas o grupos minoritarios a cargos electivos decisorios; asistencia crediticia especial para empresas creadas por grupos en situación de desventaja, entre otras acciones (*Soto, Óp. Cit., p.77*).

34 ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Observaciones Finales sobre Croacia*. CEDAW/CHRV/CO/4-5, de 24 de julio de 2015, párr.15, y *Observaciones Finales sobre Bolivia*. CEDAW/C/BOL/CO/5-6, de 24 de julio de 2015, párr. 15.

35 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. *Loc. Cit.*

5.3. Acciones de discriminación inversa

Con no poca frecuencia se suele confundir el término “discriminación inversa” con el de “acción afirmativa”; incluso diversos tribunales suelen usarlos como conceptos que guardan una relación de identidad entre sí. No obstante, hay que precisar que en realidad no estamos ante conceptos que sean iguales sino que, la discriminación inversa es un tipo de acción afirmativa. Si bien, el CERD ha considerado que el término “discriminación inversa” o “positiva” es contradictorio, y por tanto, debe evitarse³⁶ es necesario precisar que más allá del impacto a nivel de la conciencia que genera el término “discriminación”, no podemos perder de vista que, en estricto rigor, se trata de tal solo que en este caso –el de la inversa- se usan los criterios prohibidos de discriminación (o las categorías sospechosas) en pro de las personas que se encuentran inmersas en dichas categorías y no para redundar en un perjuicio.

Para entender mejor esta clasificación que se propone, volvamos nuevamente la mirada a lo dicho por *Macario Alemany* quien sostiene que “las acciones afirmativas son todo tipo de medidas que tienen el fin de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades a fin de conseguir la igualdad material y que suelen manifestarse en: a) persuasión; b) servicios de personal; c) recursos materiales, y d) normas jurídicas. Es en esta última manifestación –el de las normas jurídicas- en donde se ubicarían “generalmente” las medidas de discriminación inversa.

Al remarcar el término “generalmente” entendamos que la discriminación inversa no solo se manifiesta en el plano de la creación legislativa pero que es desde esa perspectiva que se han venido evidenciando en distintas latitudes. En conclusión, entonces, las acciones afirmativas en su manifestación como acciones de discriminación inversa (o positiva) son “aquellas medidas que establecen prerrogativas a favor de ciertos grupos históricamente discriminados y donde, por lo mismo, se utilizan criterios de diferenciación considerados como “sospechosos” o “potencialmente discriminatorios” (la raza, el sexo, la religión, entre otros) o de aquellos prohibidos expresamente en los textos constitucionales”³⁷.

5.4. Acciones de ajustes razonables

Con la nueva mirada que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacia un grupo vulnerable que históricamente ha sido tan igual o más

36 ONU. Comité Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. *Óp. Cit.*, párr. 12.

37 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. *Loc. Cit.*

relegado de sus derechos o libertades, como lo es las personas con discapacidad, se han creado nuevas formas para lograr la igualdad de estas personas que, si bien pudieran equipararse a las acciones afirmativas, tienen una línea divisoria muy delgada que las diferencia; me estoy refiriendo a los ajustes razonables.

Aunque el concepto de ajustes razonables, con ciertas diferencias a la conceptualización actual, hunde sus raíces en las legislaciones de Estados Unidos de América y Canadá entre la década de los sesenta y ochenta del siglo XX, en ambos casos se utilizó el término para hacer referencia a la obligación de respetar las creencias religiosas de los trabajadores cuyos credos no les permitía trabajar un determinado día de la semana, flexibilizando, para este fin, sus horarios de trabajo.

Ya en un plano más aterrizado que interesa para esta parte del estudio (el de las personas con discapacidad) fue mediante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que se estableció la obligación para los Estados de realizar ajustes razonables en favor estas personas. Dicho instrumento internacional señala en el penúltimo párrafo de su artículo 2º que:

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales³⁸.

Una vez establecido el concepto de ajuste razonable resulta conveniente marcar su diferencia con las llamadas acciones afirmativas. La importancia de hacer la distinción entre los ajustes razonables y las acciones afirmativas es relevante para comprender sus diferenciadas consecuencias jurídicas y, en consecuencia, como es que los primeros están insertados, en realidad, como una categoría de las segundas.

Para dilucidar la diferencia que existe entre estos dos conceptos debemos centrarnos en sus finalidades. Así, en primer término encontramos que hay algunas medidas a favor de las personas con discapacidad que tienen como finalidad conseguir la igualdad material del colectivo, independientemente de las características individuales específicas de sus miembros. A estas medidas las denominaremos acciones afirmativas. En cambio, existen otras medidas que parten de una desigualdad material objetivada de manera individual de las personas con discapacidad beneficiando a éstas con la finalidad de que puedan alcanzar la igualdad material individualmente. Es decir, comportan medidas

38 ONU. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. New York. Aprobada el 13 de diciembre de 2006. artículo 2.

que distinguen entre ciudadanos individuales, cuya desigualdad material se manifiesta de manera particular (Giménez 2011) al contrario que las medidas positivas o afirmativas, que distinguen entre colectivos, como se ha precisado.

Entonces, podemos concluir que existen acciones a favor de las personas con discapacidad que son acciones positivas (afirmativas) y otras que son medidas de “igualación positiva”, que son ajustes razonables; y que las acciones afirmativas tienen por objeto la igualdad material “colectiva” de las personas con discapacidad, mientras que el fin de los ajustes razonables es conseguir la igualdad material “individual” de dicho colectivo en situación de vulnerabilidad.

Esta breve clasificación, si bien pareciera ser meramente doctrinal y académica, en realidad tiene una utilidad práctica para la formulación de las acciones afirmativas. Pues, retomando el asunto de la afectación de los derechos de terceros mediante la intervención de las acciones afirmativas que abordamos en líneas anteriores de este artículo y la diferencia de grado que pueden presentar las acciones afirmativas; es importante apuntar lo dicho por la Corte Constitucional colombiana que, en ese mismo orden ascendente –acciones de promoción, concientización y discriminación inversa– considera la posible afectación a derechos de terceros como límite de las acciones afirmativas. Entonces, en el caso de las acciones de concientización y promoción se trataría de una incidencia leve, mientras que en las acciones de discriminación inversa versarían sobre una afectación grave y por lo mismo el análisis de su proporcionalidad y razonabilidad es más riguroso o estricto.³⁹ Por último, en cuanto al subtipo añadido propio, es decir, el de los ajustes razonables, se trata de una intervención de incidencia leve al tratarse de intervenciones individuales o reducidas.

CONCLUSIONES

Quisiera culminar este breve artículo con una reflexión del profesor Luigi Ferrajoli (2009): “la igualdad se establece porque somos diferentes, entendido diferente en el sentido de diversidad de identidades personales” (p. 311). Considero que ello es cierto; en el desarrollo actual y compulsivo mundial debemos detenernos a observar la diversidad para entender qué es lo que hoy significa la igualdad. La igualdad es un concepto variable según la realidad contextual, por eso hoy la igualdad no puede ser abordada con su clásica semántica de tratamiento par en absolutamente todos los casos pues ello atenta contra la diversidad humana.

39 Corte Constitucional de Colombia. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. *Íbidem*, párr. 34.

Es por ello que en este texto se ha abordado uno de los mecanismos, tal vez el que más discusión genera, para conseguir y propiciar la igualdad real. Los principales aportes de este trabajo están orientados no a cerrar el debate, sino que buscan sembrarlo para así aportar al surgimiento de nuevas ideas y propuestas que coadyuven a la consecución del fin pretendido. Las acciones afirmativas son, a mi modo de ver, esa delgada línea divisoria entre el principio de igualdad y el mandato de no discriminación. Por esta razón, es que su análisis pormenorizado merece ser tomado con la seriedad que el tema requiere.

Finalmente, y dando algunas pinceladas de lo trabajado, quiero remarcar dos ideas: la primera, que el mecanismo (test de proporcionalidad) para determinar el grado de interferencia en el principio de igualdad debe ser graduado a las exigencias propias de los tipos o clasificaciones de las acciones afirmativas y, como segunda idea, las acciones afirmativas deben ser comprendidas no únicamente desde el ámbito de la creación legislativa, sino que también requiere de la labor activa del Poder Ejecutivo vía ministerios y de los jueces y las juezas que, con su importante labor, son al final del día quienes pueden defender en el terreno la aplicación o no, la validez o no, de las acciones afirmativas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aleman, Macario, “Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 11, México D.F., 1999, pp. 112-134.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1º Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *La Razón Del Derecho: Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, No. 1, Lima, 2010, pp. 3-11.
- Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como método de interpretación de los derechos fundamentales: en torno a la fórmula del peso”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 110, Lima, 2010, pp. 55-63.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3º Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66, Madrid, 2002, pp. 29-39.
- Campos Aspajo, Liliana, “La acción afirmativa como desarrollo del principio de igualdad: hacia una finalidad inclusiva”, en *Actualidad Jurídica*, No. 209, Lima, 2011, pp. 168-188.
- Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Lecciones y Ensayos*, No. 89, Lima, 2011, pp. 141-179.
- Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2009.
- Compulsa, Anne, “Women, quotas and constitution”, en *Kluwe Law*, No. 17, Edimburgo, 1999, pp. 30-47.
- Corte Constitucional de Bélgica. *Caso Jurgen Ceder y otros*. Exp. N° 4311. Sentencia 39/2009 de 11 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.const-court.be/en/common/home.html> (11.04.2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 28 de marzo de 2012. C-250/12. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm> (11.04.2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 19 de diciembre de 2011. T-275/11. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a275-11.htm (11.04.2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 21 de abril de 2010. C-293/10. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-293-10.htm (11.04.2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 16 de agosto de 2006. C-667/06. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-667-06.htm (11.04.2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 21 de octubre de 2003. C-964/03. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-964-03.htm

Corte Constitucional de Sudáfrica. *Caso Willemse v. Patelia N.O. y otros*. Sentencia de 16 de octubre de 2006. Caso J1161/2004. [2006] ZALC 92. Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZALC/2006/92.html> (11.04.2016)

Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf (18.03.2016)

Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf (18.03.2016)

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf (18.03.2016)

Days III, Drew, *Acción afirmativa*, en Gargarella, Roberto, *Derecho y grupos desventajados*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2003.

Dworkin, Ronald. *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012.

- Dowrkin, Ronald. *Virtud soberana (la teoría de la práctica de la igualdad)*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2003.
- Ferrajoli, Luigi. Igualdad y diferencia, en Carbonell, Miguel y Ferrajoli, Luigi. *Igualdad y diferencia*, México D.F, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.
- Fiscus, Ronald. *The constitutional logic of affirmative action*, Durham, Duke University Press. 1992.
- Jiménez, David, “Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿Acciones positivas o medidas de igualdad positiva?”, en Santiago, Mario. *Acciones afirmativas*, México D. F., Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011.
- González, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Torre, Carlos de la. *Derecho a la no discriminación*, México D. F., Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2003.
- Guastini, Ricardo, “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, No. 8, Lima, 2007, pp. 631-637.
- Ketnelson, Ira. *When affirmative action was white: an untold history of racial inequality in Twentieth-century America*, New York, W.W. Norton & Company, 2005.
- Krstić, Ivanna, “Affirmative action in the United States and the European Union: comparison and analysis” en *Facta Universitatis*, No. 1, Londres, 2003, pp. 831-867.
- OEA Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 5 de junio de 2013, en: <http://www.oas.org/>.
- ONU Declaración Universal de Derecho Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Sánchez, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007.

Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella Roberto. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Sánchez, Santiago, "La lucha contra la desigualdad: acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India" en, *Derecho Público Iberoamericano*, No. 4, Santiago de Chile, 2014, pp. 72-89.

Santiago, Mario. *Igualdad y acciones afirmativas*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007.

Soto, Clyde. "Acciones afirmativas: formas de enfrentar la asimetría social", en: Bareiro, Line e Isabel Torres. *Igualdad para una democracia incluyente*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

Jurisprudencia

TEDH. *Caso Marckx Vs. Bélgica*. Sentencia de 13 de junio de 1979. Aplicación No. 6833/74. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534> (18.03.2016)

TEDH. *Caso Abdaluziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido*. Sentencia de 28 de mayo de 1985. Aplicación No. 9114/80, 9473/81 y 94747/81. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416> (18.03.2016)

TEDH. *Caso Thlimmenos Vs. Grecia*. Sentencia de 6 de abril de 2000. Aplicación No. 34369/97. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561> (18.03.2016)

TEDH. *Caso Sejdić y Finci Vs. Bosnia & Herzegovina*. Sentencia de 22 de diciembre de 2009. Aplicación No. 27996/06 y 34836/06. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491> (18.03.2016)

TEDH. *Caso Hämäläinen Vs. Finlandia*. Sentencia de 16 de julio de 2014. Aplicación No. 37359/09. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145768> (18.03.2016)

Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 28 de junio de 2004. Exp. N° 0606-2004-AA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00606-2004-AA.html> (18.03.2016)

- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 29 de octubre de 2005. Exp. N° 045-2004-PI/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html> (18.03.2016)
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 5 de junio de 2008. Exp. N° 579-2008-PA/TC. Disponible en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html (18.03.2016)
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 8 de agosto de 2013. Exp. N° 00199-2013-AA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00199-2013-AA.html> (18.03.2016)
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 6 de noviembre de 2008. Exp. N° 05652-2007-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.html> (18.03.2016)
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 16 de abril de 2014. Exp. N° 02437-2013-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf> (18.03.2016)
- Tribunal Constitucional Federal Aleman, BVerfG, 10, 89 (117). Sentencia del 29 de julio de 1959. Disponible en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html (18.03.2016)
- U.S. Supreme Court, *Plessy versus Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), en <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/163/537.html> (18.03.2016)
- U.S. Supreme Court, *Brown versus Broad of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html> (18.03.2016)
- U.S. Supreme Court, *University of California Regents versus Bakke*, 438 U.S. 912 (1978), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html> (19.03.2016)
- U.S. Supreme Court, *United Steelworkers of America versus Weber*, 433 U.S. 193 (1979), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/193/case.html> (19.03.2016)
- U.S. Supreme Court, *Fullilove versus Klutznick*, 433 448 U.S. 448 (1980), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/448/case.html> (18.03.2016)

U.S. Supreme Court, *Firefighters Local Union No. 1784 versus Stotts*, 467 U. S. 561 (1984), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/561/> (18.03.2016)

U.S. Supreme Court, *Sheet Metal Workers versus EEOC*, 478 U. S. 421 (1986), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/421/case.html> (19.03.2016)

U.S. Supreme Court, *City of Richmond versus J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/469/case.html> (18.03.2016)

U.S. Supreme Court, *Grutter versus Bollinger y otros*, 539 U. S. 306 (2003), en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/case.html> (18.03.2016)

U.S. Supreme Court, *Schuette versus Coalition to Defend Affirmative Action*, 134 S. Ct. 1623 (2014), en <http://www.aaup.org/brief/schuette-v-coalition-defend-affirmative-action-134-s-ct-1623-2014> (18.03.2016)