

LA LUCHA CONTRA LA DESIGUALDAD:
ACCIONES POSITIVAS Y DERECHOS
SOCIOECONÓMICOS EN ESTADOS UNIDOS
Y EN LA INDIA

THE STRUGGLE AGAINST INEQUALITY:
AFFIRMATIVE ACTIONS AND
SOCIOECONOMIC RIGHTS IN U.S.A.
AND INDIA

*Santiago Sánchez González**

Resumen

Durante muchos años algunos de nosotros pensamos que la política de acción afirmativa era un dispositivo introducido en Estados Unidos de Norteamérica como respuesta a la discriminación racial. Ignorábamos totalmente que muy lejos de nuestro contexto político y cultural, la Constitución de la La India, promulgada en 1950, ordenaba a su gobierno combatir contra la desigualdad derivada de una estructura social profusa y profundamente estratificada en múltiples castas. ¿Conocían los estadounidenses la experiencia de La India en materia de cuotas y política de reservas para tratar de poner fin a la desigualdad? La respuesta es, al parecer, negativa. Este artículo pretende mostrar cómo se aborda la cuestión desde una perspectiva constitucional, cómo han evolucionado los dos sistemas, estadounidense e hindú, y cuáles han sido los resultados de las medidas políticas para afrontar el problema.

Palabras claves: Acción afirmativa, Constitución de Estados Unidos, Constitución de La India, discriminación de signo inverso, cuotas.

* Doctor en Derecho. Profesor emérito de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UNED (España). En la realización de este artículo se ha contado con la ayuda que proporcionó el MEC español para el proyecto DER2009-10375 (subprograma JURI), llamado "Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales". El título provisional del trabajo que aquí se publica era originariamente 'La discriminación compensatoria: ¿Un caso de imitación del Oriente en el constitucionalismo occidental?'. Artículo enviado el 31 de diciembre de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2014. Correo electrónico: santiago.sanchez@der.uned.es

Abstract

For many years some of us had believed that the policy of affirmative action was a mechanism introduced in USA as an answer to racial discrimination. We fully ignored that far away from our political and cultural area, the Constitution of India, enacted in 1950, empowered its government to strive against the inequality coming from a social structure lavishly and deeply divided along caste lines. Were the Americans familiar with the Hindis' experience with quotas and reservations in trying to eliminate inequality? It does seem, they were not.

This paper intends to show the constitutional basis from which the question is focused, how the two systems have evolved, and which have been the outcomes of the respective policies in dealing with the problem.

Key Words: Affirmative action, Constitution of USA, Constitution of India, reverse discrimination, quotas.

I. Introducción

Cuando comencé hace años a interesarme por las denominadas políticas de 'acción positiva o afirmativa' y por la 'discriminación inversa'¹ de Estados Unidos, desconocía absolutamente que, a mucha distancia de América del Norte, en otro continente, y en uno de esos países que tradicionalmente situaba en el denominado Tercer Mundo, hubiera existido alguna vez algo parecido a esas medidas. Es cierto que cualquiera que abordara hoy el estudio de ese tema con una perspectiva histórica de menor alcance pensaría que esa coincidencia era un fruto más de la

¹ La política de acción afirmativa o positiva consiste en una actuación o conjunto de actuaciones de los poderes públicos que implican un trato preferente en favor de una persona o grupo de personas. En cambio, la palabra 'discriminar', en una de sus acepciones, significa "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.". Así, pues, cuando se habla de 'discriminación positiva' se está incurriendo en una contradicción, puesto que difícilmente puede considerarse 'positivo' el hecho de tratar de inferiores a otra u otras personas. El hecho de que en ocasiones se hable de 'discriminación positiva' se debe, a mi juicio, a la traducción no muy acertada de la expresión inglesa "reverse discrimination", que significa precisamente eso: una *discriminación de signo inverso* y que de modo literal no denota propiedad buena alguna, como se desprende, en cambio, del adjetivo 'positiva' asociado al sustantivo discriminación en la versión española. Más adecuada nos parece la expresión 'discriminación compensatoria', sintagma omnicomprendivo de cualesquiera actividades o acciones emprendidas para remediar lo que se considera una situación injusta resultado de un pasado inmediato o remoto, del que, evidentemente, no son responsables las generaciones actuales.

manida globalización². Pero la globalización es un proceso muy reciente, cuyos orígenes pueden hallarse no más allá de la década del noventa del pasado siglo. Es decir, unas décadas después de que Estados Unidos, Europa y España empezaran a adoptar las denominadas políticas públicas de la denominada ‘acción afirmativa’ dirigidas a determinados ámbitos sociales y sectores de la población. Por lo tanto, algunas de las preguntas que quizá deberían plantearse podrían ser del siguiente tenor: ¿esas prácticas iniciadas en Occidente proceden en buena parte de la imitación del ejemplo de La India? o ¿hemos asistido sencillamente al ‘descubrimiento’ de un fenómeno que ya era conocido en otra área geográfica, como hace muchos siglos sucedió con el arado, la pólvora o la brújula? ¿En qué consisten y cómo se explican las acciones adoptadas en la India?

A título personal, nada nos hubiera complacido más que poder trazar el itinerario del fenómeno de las políticas de acción afirmativa de continente a continente, estableciendo la fecha de su comienzo, los hitos de aquél y las vicisitudes del viaje. Una tarea que desarrolló con éxito en relación con los cuentos, hace ya algunas décadas, el eminente erudito Max Müller, mostrando cómo viajaron a través de los países, desde la India a Europa, desde el sánscrito al español, pasando por la antigua lengua persa y el árabe³. Pero mis escasos conocimientos y los esfuerzos de investigación realizados no han podido concluir con el hallazgo de pista alguna que pudiera abonar la idea de una transmisión de la experiencia de la India a Estados Unidos de Norteamérica, y de allí a Europa. Siendo esto así, lo pertinente, entonces, sería cuestionarse sobre si existía una misma razón, o fueron distintas las causas de que países tan diversos como Estados Unidos, la India, bastantes años antes, y luego la Europa de la Unión y España adoptaran políticas de discriminación compensatoria.

² La globalización no es sólo, ni principalmente, un hecho económico. Una de sus manifestaciones es la copia o la imitación de distintas prácticas políticas y jurídicas, procedentes de contextos geopolíticos diferenciados. Debido a que son muy numerosos los análisis sobre la globalización, para entenderla lo más conveniente es comenzar leyendo la exposición que en su obra realiza Zygmunt BAUMAN, *La globalización. Consecuencias Humanas*, pássim; y continuar con la de Gustavo BUENO, *La vuelta a la caverna. Terrorismo, guerra y globalización*, pássim

³ Vid. Max MÜLLER, “La emigración de las fábulas”, pp. 275-306. Se trata del texto de una conferencia pronunciada en junio de 1870 y publicada originariamente en la *Contemporary Review*. El recurso al análisis comparado para interpretar la propia norma constitucional ha dado lugar a que recientemente se hable de la ‘emigración de las ideas constitucionales’. Véase en este sentido la obra de Sujit CHOUDRY, *The Migration of Constitutional Ideas*, pássim.

II. La acción afirmativa en Estados Unidos de Norteamérica

La introducción de la expresión ‘discriminación positiva’, o inversa, en la lengua española y en el léxico de los constitucionalistas españoles es muy reciente. Pero también lo es en el mundo estadounidense, de donde la he tomado, que no de dónde procede, y a cuyo ámbito he de acudir para clarificar sus orígenes en Occidente y explicar su función. En Estados Unidos la lucha por la justicia racial fue y sigue siendo el desafío más importante de su experiencia constitucional. El problema de la esclavitud se manifiesta ya en la fase preconstituyente en Filadelfia en 1776, ensombrece todo el proceso de formación de la nación y conduce, en concurrencia con otros factores, a la guerra civil. Las enmiendas de la Constitución de 1865, 1868 y 1870⁴, que fueron aprobadas para conseguir la igualdad racial, no produjeron los efectos deseados, porque el Tribunal Supremo se encargó de convertir la emancipación legal en una victoria vacía, con su apoyo al racismo, implícito en la fórmula “separados pero iguales”. El cambio de rumbo no se inició hasta un siglo después con la sentencia dictada en el caso *Brown v. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954.

A mediados de la década de 1960-1970, Estados Unidos inició una nueva etapa en la lucha contra la discriminación racial. La primera norma aprobada con ese fin en 1961 fue la *Executive Order* 10925 del presidente John F. Kennedy, dirigida a todas las agencias del gobierno que fueran a contratar personal, ordenando

“una acción afirmativa que garantizase que se empleara a los solicitantes y que se tratara a los empleados durante el empleo sin tener en cuenta su raza, credo, color u origen nacional”.

Cabe señalar que no se mencionó entonces en absoluto al sexo –o al ‘género’ como dicen los angloparlantes–. Se aprobaron, luego, la *Civil Rights Act* (1964), la *Executive Order* 11-246 de 25 de septiembre de 1965, la *Voting Rights Act* (1965), la *Fair Housing Act* (1968), y se creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en Materia de Empleo. En este mismo ámbito, parece que fue el presidente Lyndon Johnson quien en 1967 modificó mediante otra *Executive Order*, la 11375, una previa,

⁴ Años de la aprobación de las enmiendas XIII, XIV y XV, por las que respectivamente se abolió la esclavitud, se reconoció la igualdad ante la ley y se garantizó el derecho de sufragio a todas las personas con independencia de su raza, color o previa condición de servidumbre.

para incluir una referencia a la ‘discriminación’ por razón del sexo. El legislador quería, sobre todo, que la sociedad estadounidense comenzase a tratar a los negros como individuos, sujetos de derechos en igualdad de condiciones con los blancos. La aprobación de esas normas significó⁵, no podía ser de otro modo, el reconocimiento público de la impronta esclavista del sistema político estadounidense –ofrecido al mundo exterior como modelo liberal y democrático–, y el descubrimiento sin tapujos del trato secular discriminatorio de la raza negra (...) y de otras minorías raciales.

Paradójicamente, el triunfo representado por la aprobación legal del principio de la igualdad de trato coincidió en Estados Unidos con el cuestionamiento del mismo; o, en otros términos, la población históricamente discriminada se preguntó en ese momento si la plasmación legal de la igualdad iba a ser de alguna utilidad en su lucha por conseguir una igualdad real de oportunidades⁶, dados el arraigo institucional y social del racismo y su penosa situación económica. Era preciso adoptar medidas de otro tenor y alcance si el objetivo era lograr un cambio significativo en la condición de la población negra y de otros sectores desposeídos. En consecuencia, a principios de la década de 1970, el gobierno federal y distintas empresas y universidades adoptaron medidas y pusieron en marcha planes (respaldados por algunos tribunales laborales) dirigidos a acabar con los obstáculos y los condicionamientos que dificultaban la plena integración social de los negros y de otras minorías raciales.

A todas esas actuaciones se las agrupó bajo la denominación “affirmative action”, expresión que apareció por vez primera en 1935, en la *National Labor Relations Act*, pero que se incluyó en la *Civil Rights Act* de 1964. En esta norma, aprobada para garantizar el cumplimiento del mandato antidiscriminatorio, la sección 706 g) disponía:

“si el Tribunal hallara que el demandado ha incurrido en una práctica ilegal, podrá ordenarle que cese en la misma y que emprenda una acción afirmativa tal y como sea adecuada, y que pueda suponer, pero no se limite a, la readmisión o contratación de empleados, con o sin pago de los atrasos, o con cualquier otro remedio equitativo que el Tribunal juzgase apropiado”.

⁵ Todavía en 1991 se aprobó otra nueva *Civil Rights Act*, “para fortalecer y mejorar las leyes federales sobre derechos civiles, para proporcionar indemnizaciones en los casos de discriminación laboral intencionada, para clarificar las disposiciones sobre las acciones de impacto discriminatorio y para otros propósitos”.

⁶ Gwénaële CALVÈS, *L’“Affirmative Action” dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, pp. 24, 25 et 29.

La ‘acción afirmativa’, así prevista, se concibió como un remedio tendente a restablecer o restaurar a la víctima en sus derechos, como una forma de indemnización de daños y perjuicios, y, al mismo tiempo, como una medida tendente a impedir futuras discriminaciones de índole similar.

La ‘acción afirmativa’ que se emprende a principios de la década de 1970 por los poderes públicos y por algunas empresas privadas supone la superación de aquella concepción originaria en un doble sentido. Por un lado, parte de la existencia de una profunda desigualdad social que es el resultado de una discriminación estructural y generalizada basada fundamentalmente en la raza y el color de la piel, contra la que hay que luchar mediante acciones concretas. Por otro, porque las víctimas de la discriminación lo han sido y lo son como consecuencia, no de una característica o comportamiento individual específico, sino de rasgos físicos generales. Esta ‘acción afirmativa’ constituye, por lo tanto, una práctica, o una política, dirigida a favorecer a sectores de población que se encuentran en condiciones de inferioridad precisamente por ser de una raza determinada; y es, por lo tanto, una discriminación de signo inverso, que pretende enmendar los efectos de la discriminación histórica que habían sufrido sobre todo los negros y los inmigrantes no procedentes del universo anglosajón.

Como era lógico, los programas de ‘acción afirmativa’ que se pusieron en marcha a principios de la década 1970 tropezaron abiertamente con toda la batería de normas legales que he mencionado antes, y con la enmienda XIV, que establecían el principio de la igualdad ante la ley, dando lugar a numerosos litigios, algunos de los cuales llegaron al Tribunal Supremo estadounidense.

En 1973, y luego en 1974, Alan Bakke, un ingeniero blanco, solicitó, y le fue denegada, la admisión en la Facultad de Medicina Davis de la Universidad de California, al tiempo que se admitieron varias solicitudes de estudiantes con bastantes menos méritos que Alan. Al parecer, la Facultad de Medicina había adoptado una política de acción afirmativa, consistente en tratar de reclutar personas procedentes de minorías raciales, es decir, negros, hispanos, indios americanos y asiáticos. Con ese fin, había reservado dieciséis de las cien plazas disponibles para esas minorías. Alan Bakke recurrió la decisión después de la segunda negativa y el Tribunal de Primera Instancia estimó el recurso por considerarla ilegal e inconstitucional, pero no llegó a ordenar el ingreso del demandante en la Facultad. En la segunda instancia, el Tribunal Supremo de California confirmó la sentencia pronunciada en la primera y, dado que la Universidad no pudo demostrar que tampoco hubiera admitido a Alan Bakke de no existir esa cuota racial, ordenó la inmediata matriculación de éste. El caso llegó al Tribunal Supremo federal, el cual, por una mayoría de cinco a cuatro,

ratificó la orden de ingreso de Alan Bakke en la Facultad y también la nulidad del programa de acción afirmativa consistente en reservar una cuota determinada para ingreso en la Facultad. Pero, al mismo tiempo, el Tribunal confirmó la legalidad de los programas de ese tipo que no impusieran cuotas; es decir, que el trato preferente de un grupo étnico o racial sería legal, siempre que la raza o el sexo se tuviera en cuenta en el procedimiento de admisión o reclutamiento junto a otros factores como el expediente académico, las actividades extracurriculares, etc. (*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)).

En el caso *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), Brian Weber, un trabajador blanco que fue excluido de un programa de promoción interna, fruto de un acuerdo entre la empresa y el sindicato, por el que se reservaba un 50% de plazas para obreros negros, presentó una demanda ante el tribunal de distrito alegando la violación flagrante del título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. El programa preferencial fue declarado nulo por ser contrario a derecho y el tribunal de apelación confirmó la sentencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo la casó. En su decisión mayoritaria el Tribunal, no obstante admitir que los tribunales inferiores habían aplicado al pie de la letra la *Civil Rights Act* de 1964, señaló que habían ignorado su espíritu. A juicio del ponente, si la principal preocupación del legislador había sido dismantelar las viejas estructuras de segregación social y estratificación por causa de la raza, sería verdaderamente paradójico que el título VII se utilizase para prohibir todos los esfuerzos de empresas privadas, conscientes del problema racial, destinados a abolir modelos tradicionales de discriminación.

Varios años después, en 1987, el Tribunal Supremo se pronunció también en sentido favorable a los planes de acción afirmativa en el pleito conocido como *Johnson v. Transportation Agency Santa Clara County*, 480 U.S. 616. La agencia de transportes del condado de Santa Clara, una empresa pública, adoptó una política de contratación y promoción de personal de acción afirmativa, para que el número de mujeres, minorías y minusválidos se incrementase, a fin de alcanzar una proporción razonable en los diversos escalones profesionales. Paul Johnson, uno de los empleados que no consiguió el ascenso, que sí logró en competencia con él Diana Joyce, planteó una demanda por discriminación, alegando que el sexo había sido un factor determinante de la promoción de Diana y en perjuicio suyo, teniendo en cuenta que estaba menos cualificada que él. El tribunal de distrito le dio la razón, pero no así el de apelación. El Tribunal Supremo, por su parte, estableció que una empresa pública puede recurrir a prácticas preferenciales para reabsorber el desequilibrio manifiesto en categorías de empleo tradicionalmente segregadas.

En los años siguientes el Tribunal Supremo estadounidense tuvo que resolver una veintena de pleitos sobre acción afirmativa y discriminación, y no siempre de forma coherente con sus decisiones previas⁷. En honor a la verdad, las políticas de acción afirmativa plantearon un problema espinoso al Tribunal Supremo, porque implicaban una contradicción ineluctable con el credo político estadounidense del individualismo sobre el que se fundó la república y que preside, en general, la acción de gobierno. Así, desde esa perspectiva, la visión de la justicia en materia de admisión en centros de enseñanza superior difería radicalmente de la que subyacía en los programas de acción afirmativa. Mientras que según aquella debían prevalecer la capacidad y el mérito de cada individuo en la selección de estudiantes, a tenor con la segunda, esos criterios concurrían con consideraciones de otra índole –como la pertenencia a un grupo injustamente infravalorado y su situación económica–, que permitían el acceso a la Universidad de personas cuyos antecesores habían sido injustamente marginados en el pasado.

Si descendemos desde las consideraciones políticas al plano del ordenamiento jurídico, la literalidad de la Enmienda XIV de la Constitución, que contiene la cláusula de la igualdad en la protección de la ley, y del título VII de la *Civil Rights Act*, que prohíbe la discriminación por razón de raza y de sexo, situaba al Tribunal entre la espada y la pared. En efecto, no se trataba tan sólo de aceptar un cambio revolucionario de la ideología individualista típicamente estadounidense y su sustitución por una concepción comunitaria o grupal, sino de que la acción afirmativa significaba *prima facie* una violación del principio de igualdad recogido en la Constitución y en la ley. Algunos autores, incluso, afirmaron que la política de la acción afirmativa era inmoral, por ser intrínsecamente mala, y subversiva, por sembrar la semilla del resentimiento entre víctimas inocentes⁸.

Aunque sus defensores han esgrimido el carácter temporal o transitorio de las medidas de trato preferencial –hasta que se eliminen en buena parte los efectos de la discriminación social del pasado–, las críticas de la acción afirmativa y de la discriminación inversa que conlleva han sido una constante en los círculos políticos conservadores y en el mundo universitario. Quizá porque amplias capas de la clase gobernante, blanca y protestante, comparten la idea de que la política de la acción afirmativa

⁷ Cabe reseñar: *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) y *Ricci v. De Stefano* 557 U.S. (2009).

⁸ Ken FEAGINS, “Affirmative Action or the Same Sin”, pp. 421-451. Claro es que el autor ciñe su adjetivación a la acción afirmativa que “establece metas, cuotas y calendarios y confía en la raza o el sexo como el factor determinante en la concesión de trabajo y en la promoción laboral”.

vulnera los máspreciados dogmas del sistema político estadounidense. Así se ha dicho:

“la acción afirmativa invierte la relación entre el individuo y el grupo [...]. En lugar de que el individuo sea la unidad social primaria sobre la que se forman los grupos, el grupo se convierte en primario y es la fuente de derechos para el individuo”.

Y es sabido que para los estadounidenses el reconocimiento de los derechos deriva de su condición de individuos y no del hecho de ser miembros de un grupo. Y también se ha dicho:

“el significado histórico principal de la acción afirmativa ha sido promover la intervención estatal en el libre mercado y debilitar las instituciones políticas y sociales basadas en los derechos individuales”⁹.

Más acertadamente, a mi juicio, se ha expresado la autora de un magnífico estudio monográfico sobre la acción afirmativa.

“La acción afirmativa –escribe– es el remedio que debe liquidar la herencia de un sistema decididamente premoderno: el de una sociedad –la estadounidense– en la que el nacimiento y el estatus –el color, diría yo– han determinado las oportunidades y la carencia o la titularidad de los derechos”¹⁰.

Lo cierto es que en nuestros días, apenas iniciado el siglo XXI, la liquidación de esa herencia sigue pendiente y, dado el curso de los acontecimientos, lo continuará estando porque el retorno de la ideología del individualismo y del “self-made man” ha fortalecido todavía más, si cabe, el credo tradicional estadounidense.

III. La acción afirmativa en la India

Afirmar que Estados Unidos y la India son realidades geopolíticas notablemente distintas no deja de ser una obviedad verificable mediante la simple comparación de su cultura, historia, geografía, población, estadio de desarrollo económico, etc. La peculiaridad de la India trasciende,

⁹ Herman BELZ, *Equality Transformed: A Quarter-Century of Affirmative Action*, pp. 5 and 265.

¹⁰ *Op. cit.* en la n. 6.

incluso, los referentes espaciales y los marcos conceptuales que habitualmente se utilizan para estudiar cualquier sociedad. De ahí que se tenga que preguntar sobre la posibilidad de establecer alguna suerte de parangón entre la India y Estados Unidos, o cualquier otro país, más allá de la constatación en los momentos actuales de la existencia de alguna similitud dimanante de la forma de organización territorial del Estado –Estado federal y Federación de Estados–, o de algunas de las manifestaciones de la desigualdades presentes en las respectivas estructuras sociales. Porque en ambas naciones el trato discriminatorio de grupos numerosos de personas por razón de la raza, la religión, el sexo y otros motivos, es una de las realidades más graves que vienen afrontando desde hace siglos. Problema originado, en el caso de Estados Unidos, por la conquista colonial y la importación de esclavos de África y, en el de la India, por la pervivencia asombrosa de un tipo de sociedad atravesada por profundas escisiones, entre las que destaca la división en miles de castas y subcastas que aparece a los ojos de los occidentales. La adopción de la política de acción afirmativa en Estados Unidos y de la política de reserva en la India han sido los remedios empleados para tratar de solucionarlo. Pero la coincidencia en la forma de abordar el problema¹¹, que podría inducirme a pensar que estoy ante supuestos semejantes, no puede llevarme a concluir en un mismo diagnóstico.

La naturaleza y complejidad de la estratificación social en la India –resultado último de las múltiples desigualdades y de su persistencia– son únicas. En principio, el esquema de que se sirven los sociólogos occidentales cuando estudian la división del trabajo social y la diferenciación social, que les lleva a la formulación de modelos, como las sociedades esclavistas, de castas, estamentales¹² y de clases, no sirve para proporcionarme una imagen aproximada de la sociedad de la India, entre otras razones porque no puede explicar la estabilidad milenaria de su sistema de estratificación social¹³.

¹¹ En Estados Unidos se prohibió la esclavitud, y en la India la intocabilidad, y en ambos se crearon comisiones varias para el estudio de la discriminación.

¹² El único prototipo de hombre que nos recuerda al indio de la India es el hombre medieval, que se sentía ante todo miembro de una unidad social: “el tenor de su vida, incluso en sus vestidos y en sus alimentos, venía preceptivamente determinado en función de la *conductio* social que le correspondía como noble, clérigo o mercader y su vida se desplegaba en una actividad destinada a mantener tal *conductio*, es decir, un tipo de vida con arreglo a unos esquemas y a unos valores de naturaleza colectiva y, así, por ejemplo, la actividad económica no tenía como fin la prosecución de un lucro individual, sino el mantenimiento del tenor de vida que le correspondía con arreglo a su situación social”. Manuel GARCÍA PELAYO, ‘Introducción al estudio de los derechos del hombre’, p. 2441.

¹³ Sistema cuyos orígenes se remontan a tiempos remotos. En efecto, uno de los libros Vedas, el *Rigveda* –datado en el año mil cuatrocientos antes de Cristo– ya establecía en

Estabilidad dimanante sin duda de la inspiración y penetración espiritual de la organización social tradicional de la India, configurada a modo de orden universal y jerárquico, de gradación de estatus, y de complementariedad de las diferencias. En dicho orden, la unidad básica inmediata no es en ningún caso el individuo, sino el grupo más o menos amplio, desde la familia extensa, pasando por la casta y por el sistema de castas¹⁴. La sociedad india se conforma con arreglo a una visión holística

el himno noventa, versículo 12, la diferenciación primera, en *varnas*, que luego recogería el epígrafe 31 del libro 1 de las *Leyes de Manu*: “De la boca de Purusa –el espíritu hecho carne, el alma origen del universo– salen los Brahmines o líderes espirituales; de los brazos de Purusa, los Rajanya o Kshatriya, militares y administradores; de sus muslos, los Vaisyas, o comerciantes y agricultores, y de sus pies, los Shudras o servidores”. “Esta imagen poética pretende transmitir el carácter orgánico de la sociedad. El hombre no es solo el mismo, sino que lo es en solidaridad con todos los de su género”. Sarvepalli RADHAKRISNAN, *Eastern Religions and Western Thought*, p. 355.

La organización de los *varnas* es jerárquica. Los *varnas* son hereditarios y cada *varna* posee su código de conducta. Junto a los *varnas* la diferenciación más relevante es la de los *jatis*, comunidades sociales existentes al lado y por encima de la unidad básica que es la familia extensa. Los *jatis* son comunidades más o menos numerosas de personas existentes en todos los pueblos de la India, ordenadas jerárquicamente en función del grado de pureza o impureza religiosa, asociado al trabajo o a la profesión que desarrollan en el grupo. Se trata de comunidades de carácter endogámico, como una tribu, o un clan, que generalmente habla una misma lengua y son interdependientes, pues los derechos de unas son los deberes de las otras. Como señala Álvaro Enterría “en la India la palabra ‘casta’ se refiere indistintamente a esas dos realidades distintas: *varna* y *jati*”. Álvaro ENTERRÍA, *La India por dentro*, p. 311. En el fondo de la pirámide social, fuera de toda consideración, los denominados intocables, *dalits* u oprimidos, *harijans* o hijos de Dios, son los que sufren la exclusión social.

¹⁴ “La casta está profundamente arraigada en la religión hindú, en su cultura y sociedad. No se dispone todavía de información definitiva sobre el origen y el desarrollo de este sistema único. Incluso el rango y el orden de las distintas castas es difícilmente determinable. (Con la particularidad de que en La India) este sistema, en formas y naturaleza variadas, prevalece también entre los musulmanes y los cristianos. El nacimiento y no el mérito fue el criterio para establecer el estatus del individuo, minando su iniciativa, la confianza en sí mismo y su espíritu de empresa. La casta es peculiar por el método que adopta para sistematizar y controlar las diferencias de funciones en todos los estratos de la sociedad”. Santhosh KUMAR V., *Social Justice and the Politics of Reservation in India*, p. 22,

Narendranath Datta (1863-1902), más conocido como Swami Vivekananda, escribió: “La Casta es el orden natural. Yo desempeño una tarea en la vida social, y tú, otra. Tú puedes gobernar un país, y yo puedo arreglar un par de zapatos viejos, pero no hay razón para que tu seas más grande que yo, porque ¿acaso puedes tú arreglar mis zapatos? ¿Puedo yo gobernar un país? Yo soy hábil arreglando zapatos, tú lo eres en la lectura de los Vedas, pero no hay razón para que tú me pises. [...] La Casta es buena. Es la única manera natural de resolver la vida. Los hombres deben agruparse y eso no puedes evitarlo. Donde quiera que vayas habrá castas. Pero eso no quiere decir que deba haber privilegios. Habría que golpearlos en la cabeza. Si tú enseñas el Vedanta a un pescador, el dirá: yo soy un hombre tan bueno como tú; yo soy un pescador, tú eres un filósofo, pero tengo en mí el mismo Dios que tú tienes en ti. Y esto

no sólo ajena sino, también, contrapuesta, a la concepción occidental de la realidad humana, que la concibe formada a partir de seres individuales, independientes, preocupados de la libertad y de la igualdad individuales; una realidad esta en la que se “valora en primer lugar –y casi exclusivamente– al ser humano individual”¹⁵, frente a cualquier grupo o colectividad que le trascienda.

En la India, las primeras medidas que recuerdan algo parecido a la acción afirmativa se pusieron en marcha todavía bajo el imperialismo británico, a fines del siglo XIX, ante la presión de algunos movimientos insurgentes contra el dominio de los Brahmines. Básicamente se concretaron en el establecimiento de reservas de plazas en las instituciones educativas para los que no eran Brahmines; es decir, para la mayoría, constituida por las llamadas clases deprimidas o comunidades atrasadas. En 1926, en algunos principados indios¹⁶, se fijaron cuotas para el acceso al servicio público, y a algunos órganos de representación política, con la conformidad de los británicos, que pretendían estimular las disensiones internas en la fragmentada sociedad hindú.

La ‘reservation policy’ –o política de reserva–, como se denomina en la India, es una expresión que engloba todas las medidas previstas para eliminar o aliviar las profundas y múltiples desigualdades existentes en el seno de la sociedad, de tal manera que la acción afirmativa, entendida como la que se emprende por los poderes públicos para corregir una discriminación del pasado, sería tan sólo una de las manifestaciones de la *reservation policy*. En realidad, lo que se pretende es instaurar una justicia distributiva de recursos y de poderes. La India, a partir de su independencia, fue y sigue siendo el país donde todos los partidos políticos incluyen en sus programas, y mantienen cuando acceden al gobierno, una *reservation policy*¹⁷ que se ha

es lo que queremos; privilegios para nadie; iguales oportunidades para todos; que cada uno sepa que lo Divino está en el interior y cada uno hallará su salvación [...]”. Stephen HAY, *Sources of Indian Tradition* p. 74. En 1929 el teósofo René Guénon escribió: “El principio de institución de las castas, tan completamente incomprendido por los occidentales, no es otra cosa que la diferencia de naturaleza que existe entre los individuos humanos y que establece entre ellos una jerarquía cuyo desconocimiento sólo puede llevar al desorden y la confusión”. Y añadía: “Es precisamente ese desconocimiento el que está implícito en la teoría igualitaria tan cara al mundo moderno, teoría que es contraria a los hechos mejor establecidos y que es desmentida también por la simple observación, puesto que la igualdad no existe en realidad en parte alguna”. René GUÉNON, *Autoridad espiritual y poder temporal*, p. 19.

¹⁵ Louis DUMONT, *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, p. 14.

¹⁶ Cuando se produjo la independencia, el número de principados ascendía a varios cientos.

¹⁷ “Los objetivos de la *reservation policy* pueden reducirse a tres: “1) eliminar la subordinación social y religiosa de ciertos grupos por causa de su segregación (castas), o por

convertido en una característica definidora de su sistema político, y en un rasgo de su complejo entramado social.

El caso de la India reviste particular interés por el reconocimiento sucesivo en su primera y única Constitución, de 1949, de la igualdad formal, junto a la desigualdad social, a la que combatió desde el principio con la abolición oficial de la ‘intocabilidad’ sancionada en el artículo 17¹⁸. En efecto, la Constitución adoptó junto a la ideología política liberal, dominante en Occidente desde fines del siglo XVIII, el compromiso con una revolución social. Así se reconoció la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 14); y se estableció la prohibición, en el art. 15, de todo trato discriminatorio de los ciudadanos derivado de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento. Pero, además de los ideales del Preámbulo complementados con los Principios de la Política del Estado del título IV, incluyó en el articulado precisiones tan condicionantes como la del apartado (3) del artículo 15 al prescribir:

“nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que el Estado adopte cualquier disposición especial para las mujeres y los niños”.

Y, poco después, una enmienda constitucional aprobada en junio de 1951 añadió un apartado (4) que establecía:

“Nada en este artículo [...] impedirá que el Estado adopte cualquier medida especial para el progreso de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o para el de las castas y las tribus catalogadas”,

es decir, para la mayoría de la población. Más adelante, en el artículo 16, que contempla la igualdad de oportunidades en materia de empleo público, se incluyó, asimismo, una excepción redactada en términos similares:

causa de su aislamiento espacial y cultural (tribus); 2) facilitar y promover la representación igual de todos los grupos socialmente desventajados en los círculos organizados de la vida política (castas y tribus), cultural y económica (castas, tribus y otras clases atrasadas) del país; y 3) proteger a todos los grupos descritos en la Constitución como sectores débiles de la sociedad de toda forma de injusticia social y explotación”. Celia BARTOLI, “Affirmative Action in India: Redistribuzione di Beni e creaciones di Identita”, p. 386.

¹⁸ Para cumplimentar la prohibición del artículo 17, se promulgaron la Ley de Protección de los Derechos Civiles, en 1955, y la Ley de Prevención de las Atrocidades, en 1989. La existencia de ambas normas, sin embargo, no ha bastado para proteger a los intocables y mejorar su situación en la sociedad india. Véase al respecto el extenso y documentado trabajo de Smita NARULA, “Equal by Law, Unequal by Caste: The ‘Untouchable’ Condition in Critical Race Perspective”, pp. 255-343.

“nada podrá impedir que el Estado establezca lo que estime conveniente para la reserva de nombramientos o puestos en favor de cualquier clase atrasada de ciudadanos que, a juicio del Estado, no esté adecuadamente representada en servicios dependientes del Estado”

–incluyendo la reserva en materia de promoción a puestos en favor de las castas y de las tribus catalogadas–.

Interesa destacar que la aparente contradicción entre los enunciados de la igualdad, como derecho individual de los artículos 14, 15 (1) y (2) y 16 (1) y (2), y la habilitación para dictar disposiciones especiales para mujeres y niños y hacer reservas para las clases, castas y tribus, de los artículos 15 (3) (4) y (5) y 16 (4), no fue considerada como tal, ni tan siquiera como una excepción al principio de la igualdad. El caso *Nagraj v. Union of India*, 2006 (8) SCC 212, resuelto el 19 de octubre de 2006, es ilustrativo al respecto¹⁹.

Los preceptos constitucionales mencionados (14 a 16) no añadieron, sin embargo, explicación²⁰ alguna sobre el significado legal que había que dar a las nociones ‘castas catalogadas’, ‘tribus catalogadas’ y ‘clases atrasadas social y educacionalmente’. ¿Qué contenido cabe atribuir a esos conceptos en blanco? ¿Cuál es el alcance de los mismos? Si hemos llegado a entender el complejo entramado social de La India –algo de lo que no estoy seguro–, las castas catalogadas estarían integradas por los Intocables –también denominados *panchamas*, fuera de casta, *harijans* y *dalits*–; un total de unos ciento sesenta y siete millones de hindúes, según datos del censo de 2001, a los que habría que añadir otros cuarenta y dos millones de musulmanes y cristianos. Las tribus catalogadas, unas seiscientos cuarenta y cinco, estarían formadas por las poblaciones indígenas tribales, unos ochenta y cinco millones de personas, equiparables a las castas catalogadas a los efectos de recepción del trato de la discriminación compensatoria. En cuanto a las clases atrasadas u otras clases atrasadas, abarcaría básicamente a los *Shudras* o *Dasas*, es decir, a la cuarta *varna* en

¹⁹ “La igualdad tiene dos facetas, la ‘formal’ y la ‘igualdad proporcional’. La ‘proporcional’ es la igualdad de hecho, mientras que la igualdad formal es la igualdad jurídica. La igualdad jurídica existe en el ‘Rule of Law’. En el caso de la igualdad proporcional se espera que el Estado adopte acciones afirmativas a favor de los sectores desaventajados de la sociedad en el marco de la democracia liberal. La igualdad igualitaria es la ‘igualdad proporcional’”. Véase el artículo de Sameer PANDIT, “M. Nagaraj v. Union of India: Legal and Theoretical Reflections”, pp. 249-259.

²⁰ Una de las particularidades del texto constitucional de la India es la inserción al final de algunos de sus preceptos de una ‘explicación’ de los mismos que forma parte del enunciado normativo, como, por ejemplo, la añadida a los artículos 25, 35, 54, 55 y 66 entre otros. Peter M. BAKSHI, *La Constitución de la India*, pássim.

el orden social jerárquico, situada justamente por encima de los Intocables, y que representan el 41% de la población.

Pero, tal y como he dicho anteriormente, en lugar de precisar quiénes formaban las castas, tribus y clases mencionadas, la Constitución se limitó a atribuir en los artículos 341 y 342 al Presidente de la nación la competencia para, previa consulta con la autoridad del Estado o territorio concernido, concretar las castas, razas o tribus, o partes o grupos de las mismas que deberían ser consideradas como castas o tribus catalogadas en relación con ese Estado o territorio de la Unión. En cuanto a las clases atrasadas, el artículo 340 previó la creación por el Presidente de una comisión que debía investigar las condiciones de las clases atrasadas, distintas de las castas y tribus, para mejorar su condición y aconsejar las medidas oportunas.

La primera Comisión Nacional presidida por Kaka Kalenkar, se constituyó en 1953 y dos años más tarde emitió su informe, del que se hizo caso omiso. La segunda, presidida por Bindheshwari Mandal, se creó en 1979 y, aunque entregó su informe en diciembre de 1980, sus recomendaciones no fueron aceptadas hasta agosto de 1990. La Comisión Mandal identificó tres mil setecientos cuarenta y tres grupos de castas como 'otras clases atrasadas', lo que equivalía al 52% de la población. Las comisiones citadas, y otras que se nombraron en el seno de algunos Estados, realizaron numerosos estudios, manejaron datos y ponderaron factores de toda índole, a fin de identificar a las clases que finalmente serían los destinatarios de la acción afirmativa, pero fueron incapaces de establecer de forma clara y definitiva qué había de entenderse por 'atraso'. De esa labor se encargaron las instancias judiciales en las sentencias que se pronunciaron, entre otros, en los casos *Balaji v. State of Mysore* (AIR 1963, SC 649), *Chitralkha v. State of Mysore* (AIR 1964, SC 1823), *P. Rajendran v. State of Madras* (AIR 1968, SC 1012), *State of Kerala v. N.M. Thomas* (AIR 1976, SC 310) e *Indra Sawhney v. Union of India* (AIR 1993 SC, 477).

La 'reservation policy' se ha venido desplegando ininterrumpidamente en tres ámbitos diferenciados, también previstos en la Constitución, uno de los cuales es el empleo público, al que acabamos de aludir, recogido en el artículo 16, con el condicionamiento establecido en el artículo 335. Los otros dos son: la educación y la representación política en los distintos niveles de gobierno, con la particularidad de que en este último ámbito de gobierno no se prevén reservas para las denominadas clases atrasadas (*other backward classes*, en el original). Examinemos brevemente el tratamiento constitucional de cada uno de estos sectores.

El artículo 16 se refiere tan sólo a los ciudadanos y no a todas las personas; se circunscribe a los empleos o cargos públicos, y no significa a primera vista el reconocimiento de un derecho a demandar una reserva

de plaza. Se trata más bien de una norma habilitadora que autoriza a los poderes públicos a establecer una reserva de plazas que, además, debe ponerse en relación con el artículo 335, que dispone:

“las solicitudes de los miembros de las Castas y de las tribus catalogadas se tomarán en consideración en consonancia con el mantenimiento de la eficacia de la administración, en la designación para servicios y puestos relacionados con los asuntos de la Unión o de un Estado”.

A su vez, el artículo 335 debe leerse junto con el artículo 46, que establece, como principio rector:

“el Estado promoverá con especial atención los intereses económicos y educativos de los sectores más débiles del pueblo y, en concreto, de las Castas y de las Tribus Catalogadas, y las protegerá frente a la injusticia social y frente a toda forma de explotación”²¹.

La mejor y más autorizada interpretación del artículo 16 (4) la realizó el Tribunal Supremo de La India en el litigio *Indra Sawhney v. Union of India* (AIR 1993 SC 477). La reserva en materia de empleo público tiene un valor especial, porque supone la creación de salidas profesionales distintas de las impuestas por la inserción en un sistema de castas que determina el trabajo y la función sociales, es decir, que posibilita la emancipación o liberación de la servidumbre dimanante del sistema tradicional de estratificación social.

En materia de educación, los artículos 15(4), 29(2), 46 y 350A contienen salvaguardas de tipo educativo para las castas y las tribus catalogadas. El primero de ellos –añadido por la Primera Enmienda aprobada en 1951– dispuso:

“nada de lo previsto en este artículo, o en el apartado 2 del artículo 29, impedirá que el Estado adopte disposiciones especiales para el progreso de cualesquiera clases de ciudadanos social y educacionalmente atrasadas, o de las Castas y Tribus Catalogadas”.

El mandato del artículo 29(2), de que no se niegue a ningún ciudadano la admisión a cualquier institución educativa mantenida o subvencionada

²¹ Asimismo, procede tener en cuenta el artículo 38 (2), que dispone: “el Estado procurará, en concreto, minimizar las desigualdades de renta, y hará lo necesario para eliminar las desigualdades de estatus, servicios y oportunidades no sólo entre los individuos, sino también entre grupos de gentes que residan en áreas diferentes o dedicados a ocupaciones también diferentes”.

por el Estado, fue formulado en el contexto de la protección a los intereses de las minorías y suponía en cierto modo un reconocimiento del derecho a la educación. El artículo 46, incluido entre los Principios Rectores de la Política del Estado, establecía:

“el Estado promoverá con cuidado especial los intereses educativos y económicos de los grupos más débiles del pueblo y, en particular, los de las Castas y Tribus Catalogadas, y los protegerá de la injusticia social y frente a toda clase de explotación”.

En cuanto al artículo 350A –introducido por la Séptima Enmienda, en 1956–, habilitaba a los poderes públicos para:

“proporcionar los servicios adecuados para la instrucción en la lengua materna en el primer estadio de la educación a los niños pertenecientes a grupos lingüísticos minoritarios”²².

Desde 1954, los poderes públicos centrales se han ido dirigiendo a los responsables políticos de los distintos Estados miembros de la Unión, para que reserven en las correspondientes instituciones educativas un porcentaje de plazas para los miembros de las castas –15%– y de las tribus catalogadas –5%–. La política de reserva se ha extendido también a la enseñanza superior, donde el rendimiento no ha sido el deseable.

Por último, importa destacar que la Enmienda Constitucional Nonagésimo Tercera añadida en 2005, con efectos desde el 20 de enero de 2006, ha habilitado al Estado para adoptar cualquier medida especial para la promoción de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o de las castas y tribus catalogadas, relativa a su admisión en instituciones educativas, ¡incluyendo las privadas!, con o sin subvención estatal.

En lo que hace al ámbito de la representación política, y dada la organización federal del territorio de la India, los constituyentes establecieron reservas de escaños en los diferentes órganos de representación política que aparecen en los niveles local, estatal y nacional-federal. Así, los artículos 243D y 243T prevén la reserva de un conjunto de plazas para las castas

²² Hay que decir que el derecho a la educación individualizado, que no aparecía en la redacción inicial de la Constitución, fue considerado por el Tribunal Supremo, en el caso *Dr. P. Nalla Thampy Terah v. Union of India* (AIR 1985 SCC 1133) como parte del derecho a la vida del artículo 21. Y no se incluyó en la Constitución hasta la Enmienda Constitucional Octogésimo Sexta de 2002, que entró en vigor el 1 de abril de 2010, añadió el artículo 21A, en el que se dispuso: “El Estado proporcionará educación libre y obligatoria a todos los niños de entre seis y catorce años de la manera que el Estado determine por ley”.

catalogadas y para las tribus catalogadas en los denominados *Panchayats* y en los municipios²³ y, dentro del número total reservado, de un tercio para las mujeres. En el mismo sentido, los artículos 332 y 330 contienen las disposiciones relativas a la reserva de escaños en los parlamentos de los Estados y en la Cámara Baja del Parlamento Nacional. Con la particularidad de que este mandato tiene una vigencia limitada hasta el año 2020. El principio que rige el establecimiento de las reservas o cuotas es el de la proporcionalidad. En efecto, el número de escaños reservados para las castas o tribus catalogadas en la Cámara del Pueblo y en las asambleas legislativas –según se trate de la Unión o de los Estados o territorios de la Unión– guardará siempre que sea posible la misma proporción con el número total de escaños atribuido a ese Estado o territorio en la Cámara del Pueblo, o en la Asamblea, que la población de las castas catalogadas en el Estado o territorio de la Unión, o de las tribus catalogadas en el Estado en el territorio de la Unión, respecto del que se reservan los escaños, con la población total del Estado o del territorio (artículos 330 y 332 de la Constitución). Importa señalar, por su significación, que no aparecen en este contexto de la representación política las otras clases atrasadas.

Con independencia de su inclusión en alguna(s) de las categorías a las que se orienten las medidas de acción positiva –en las castas, tribus y otras clases atrasadas–, las mujeres en la India han sido y son objeto de una consideración propia, que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 15(3), en virtud del cual el Estado puede dictar disposiciones especiales para ellas, no obstante lo establecido en el artículo 15(1). En realidad, el artículo 15(3) admite, tácitamente, el hecho de que las mujeres han sido discriminadas durante siglos por el hecho de ser mujeres y no han participado en condiciones de igualdad en cualesquiera actividades. Lo que el artículo 15(3) posibilita es la mejora del estatus de las mujeres. Una lectura conjunta de los enunciados contenidos en los apartados (1) y (3) del artículo 15 revela que, mientras que los poderes públicos no pueden discriminar a las mujeres en favor de los hombres, sí pueden discriminar a los hombres en favor de las mujeres, siempre que las medidas que adopten sean razonables y no conviertan en ilusoria la garantía de los artículos 15 (2) y 16 (2). La sentencia del Tribunal Supremo de La India recaída en el litigio *Government of Andhra Pradesh v. P.B. Vijayakumar & Anr*, de 12 mayo de 1995, es ilustrativa de la interpretación correcta del artículo 15 (3). El caso se suscitó como consecuencia de la aprobación de una

²³ Los *Panchayats* son órganos locales de autogobierno en áreas rurales; los municipios son órganos locales de autogobierno en las áreas urbanas. Los artículos 243, 243P y 243 Q, de la Constitución de La India.

norma por el gobierno del Estado de Andhra Pradesh sobre reservas para mujeres en los servicios públicos que establecía lo siguiente:

“(1) En cuanto al reclutamiento directo para puestos para los que las mujeres son más adecuadas que los hombres, serán preferidas las mujeres; con tal de que dicha preferencia no resulte en la exclusión total de los hombres en todos los puestos. (2) En lo que hace al reclutamiento directo para puestos para los que las mujeres y los hombres sean igualmente aptos, se otorgará preferencia a las mujeres y se reservará para las mujeres hasta un 30% de los puestos en cada categoría de Otras Clases, Clases Atrasadas, Castas Catalogadas y Tribus Catalogadas. (3) En lo que respecta al reclutamiento directo para puestos reservados exclusivamente para mujeres, se cubrirán solo con mujeres”.

La parte demandante cuestionó la legalidad del apartado (2) de la norma transcrita por la supuesta violación de los artículos 14 y 16 (4) de la Constitución; y el Tribunal desestimó la pretensión concluyendo con las siguientes palabras:

“No encontramos razón alguna para que la regla del apartado (2) no caiga bajo el ámbito del artículo 15(3), ni tampoco infringe los artículos 16(2) o 16(4), que deben interpretarse en armonía con los artículos 15(1) y 15(3). Tanto la reserva como la acción afirmativa son permisibles según el artículo 15(3) en relación con el empleo o con puestos dependientes del Estado. Ambos artículos 15 y 16 fueron redactados con el propósito de crear una sociedad igualitaria. Ambos deben leerse armoniosamente para lograrlo”.

En el plano constitucional, hay que mencionar, por último, el proyecto de reforma presentado por el gobierno en mayo del año 2008, con el título de *Women's Reservation Bill*, por el que se pretende reservar un tercio de todos los escaños para las mujeres en la Cámara del Pueblo del Parlamento de La India y en los Parlamentos de los Estados que integran la Unión federal. La Cámara de los Estados o Cámara Alta aprobó el proyecto en marzo del 2010, pero todavía hoy –octubre de 2013– pende la aprobación de la Cámara del Pueblo. Los argumentos empleados en apoyo de la reforma²⁴ no han conseguido superar la oposición de los líderes de ciertos partidos que ven disminuidas sus probabilidades de resultar elegidos en próximas elecciones, y de algunos representantes políticos de las clases social y económicamente atrasadas.

²⁴ Entre otros, que las mujeres representan la mitad de la población de La India, y que poseen una experiencia biológica y social distinta de la de los hombres, con cuyos intereses, en ocasiones, chocan los suyos propios.

Además de los preceptos constitucionales que autorizan a los poderes públicos a adoptar todas las decisiones que estimen necesarias para acabar en la India con la tradicional desigualdad de la mujer, se han venido aprobando en los últimos años disposiciones de rango legal destinadas simplemente a restaurar la igualdad formal o jurídica en distintos campos. Entre ellas cabe destacar la Ley de Prevención del Tráfico Inmoral de 1956, la Ley de Prohibición de la Dote de 1961, la Ley de Prohibición del Matrimonio Infantil de 2001, la Ley de Técnicas de Diagnóstico de Preconcepción y Prenatales de 2003 y la Ley de Protección de la Mujer contra la Violencia Doméstica de 2005.

De la exposición de las políticas tendentes a eliminar las enormes desigualdades en Estados Unidos y la India pueden extraerse las siguientes conclusiones²⁵:

En Estados Unidos la premisa que subyace en la adopción de las políticas de acción afirmativa es una concepción de la igualdad de tipo formal e individual que pretende proporcionar una igualdad de oportunidades²⁶. Esas medidas son muy recientes, no están constitucionalmente reconocidas y no se permiten en forma de cuotas. Además, han sido objeto de cuestionamiento no sólo por la doctrina, sino en las instancias judiciales, y han producido escasos resultados favorables a los sectores de población concernidos en los ámbitos laboral y educativo, y menos aún en el de la representación en los órganos de gobierno.

En la India, la política de reservas se basa en una concepción de la igualdad que tiene en cuenta al grupo, no a la persona individual, y va dirigida a alcanzar una igualdad de resultados o de hecho²⁷. Las medidas políticas antidiscriminatorias datan del siglo XIX, han sido constitucionalizadas y legalizadas, y su aplicación en los diferentes sectores de la educación pública gratuita, del empleo público y de representación en las instituciones políticas de los distintos ámbitos: nacional, estatal y local, constituye una realidad cotidiana. Castas y tribus tienen asegurada su participación en los órganos políticos de decisión y, a fecha de hoy, la presencia de unos pocos intocables en las elites del liderazgo político y de los partidos políticos es innegable. El remedio parcial de los efectos del sistema de castas mediante la acción afirmativa no ha encontrado, sin embargo, una colaboración efectiva en los aparatos de la Unión y de los

²⁵ Al respecto, el artículo de Ashwini DESHPANDE, “Affirmative Action in India and the United States”, p. 23.

²⁶ Jason MORGAN FOSTER analiza el binomio “individual *regarding equality* versus *group regarding equality*”, en el artículo “From Hutchings Hall to Hyderabad and Beyond: A Comparative Look at Affirmative Action in Three Jurisdictions”, pp. 71-108.

²⁷ Véase la nota anterior.

Estados para poner fin a la discriminación, porque las autoridades ejecutivas no protegen realmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, ni promueven un cambio de la mentalidad dominante. Antes al contrario. Por otra parte, el aspecto negativo del éxito de los programas de acción afirmativa es que han terminado por producir el efecto contrario al que se pretendía: en lugar de conducir a la supresión del sistema de castas, ha llevado a su afianzamiento, anquilosamiento y reproducción²⁸. Ahora lo que se reivindica es la identidad de la casta y con la casta, porque a través de la integración de las castas en las listas de clases atrasadas se puede lograr un tratamiento preferente –a todas luces injusto– que, de otro modo, no sería posible.

IV. Los derechos socioeconómicos en Estados Unidos

Si cambiamos nuestro centro de atención a otro campo, como el de los derechos socioeconómicos y culturales, cuyas generalización y garantía, de producirse, haría innecesaria toda política de acción afirmativa, el contraste entre Estados Unidos y la India en lo que respecta a su entendimiento y tratamiento jurídico es sencillamente brutal. Se revelan aquí de forma nítida las distintas concepciones político-sociales de los respectivos países y el abismo que las separa. En Estados Unidos el punto de partida es el individualismo que resulta de una profunda disociación de lo político –o lo público–, y lo privado –o económico–. El Estado, concebido como mero fruto del acuerdo entre los individuos que lo constituyen, no es más que instrumento que debe asegurar fundamentalmente sus vidas, propiedades y libertades. El resto, es decir, la vida social, debe dejarse a su propia evolución, sin alterar su dinámica, siguiendo el viejo eslogan de los fisiócratas: “laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même”. El Estado, o los poderes mediante los que se organiza, deben abstenerse hasta donde sea posible de cualquier intervención que suponga inmiscuirse en la autonomía de los individuos.

El *Bill of Rights* de 1791, desde esa perspectiva, no es más que el enunciado legal de una serie de libertades que garantizan la independencia e inmunidad de la esfera privada, a las que conjuntamente se denomina

²⁸ Esto es algo que saben perfectamente en la India, como lo demuestran las palabras del magistrado ponente de la sentencia en el caso *Nagaraj & Others v. Union of India*, resuelto en el año 2006: “La reserva es necesaria para trascender las castas y no para perpetuarlas. Hay que utilizar la política de reserva en un sentido limitado, pues, de otra forma, perpetuará el sistema de castas (“casteism”, en el original) en el país”.

derechos negativos o defensivos, porque son considerados como limitaciones del poder del Estado/Poderes Públicos, que vinculan tan sólo a sus agentes. Es cierto, sin embargo, que el propio documento admite que el pueblo puede ser titular de otros derechos que no aparecen expresamente recogidos en la Declaración; y en este sentido el Tribunal Supremo ha reconocido en sus sentencias otros supuestos derechos fundamentales sin apoyo en texto constitucional alguno, como el derecho a procrear, el derecho al voto, el derecho a viajar de un Estado a otro, el derecho a la intimidad o el derecho de acceso a la jurisdicción. Pero la creación jurisprudencial no ha llegado hasta el extremo de otorgar a los derechos sociales o socioeconómicos la categoría de derechos y, menos aún, la de derechos justiciables y protegibles. La razón es que la constitucionalización de los derechos sociales o socioeconómicos conllevaría cierto grado de intervención o intromisión en la libertad, propiedad e independencia de los individuos, con la finalidad de extraer de la sociedad los medios económicos necesarios para atender a la satisfacción de aquéllos. Ello requeriría, asimismo, un aumento de los aparatos del Estado y de sus competencias, es decir del poder político y de su potencial amenazador. Lo cual, y esto es lo más importante, significaría tanto como el fin de la Constitución norteamericana, concebida esencialmente como una forma de limitación del poder político y de su ejercicio.

Importa insistir en que los estadounidenses siempre han conferido un valor mayor a la libertad y la independencia individuales que a la igualdad, a la que aprecian casi exclusivamente como la disposición de oportunidades iguales para que cada uno por sus propios medios salga adelante, o trate de triunfar o de lograr el éxito. Ello no significa que desconozcan que la cobertura de las necesidades humanas básicas es un requisito previo e indispensable para poder gozar plenamente de las libertades negativas, o ejercer esos derechos defensivos. Porque, realmente, ante la falta de un mínimo vital existencial, esos derechos y libertades –civiles y políticos– pierden importancia o sentido²⁹. Pero eso no ha sido obstáculo para que, en bastantes ocasiones, el Tribunal Supremo estadounidense haya estimado que los derechos socioeconómicos no son objeto de la protección cons-

²⁹ Así lo entendió el presidente Franklin D. Roosevelt en el discurso sobre el Estado de la Unión de enero de 1944, al proponer un segundo *Bill of Rights* que incluía, entre otros, los derechos al trabajo remunerado, a una vivienda decente para cada familia, al cuidado médico adecuado, a una buena educación y a la protección frente a la edad, la enfermedad, los accidentes y el desempleo. Previamente, en 1941, en el Discurso de las Cuatro Libertades, ya había mencionado la libertad de la penuria o la liberación de la necesidad –‘freedom from want’–. Y es que, como dijo el mismo Presidente, “los hombres necesitados no son hombres libres”.

titucional en Estados Unidos³⁰. En concreto, ha mantenido que no existe un amparo constitucional de los derechos al bienestar social, porque:

“no son un derecho fundamental y, por lo tanto, ni el Estado ni el Gobierno Federal tienen obligación alguna de garantizar niveles mínimos de ayuda”. (Lavine v. Miln, 424 U.S. 577, 584 n. 9 (1976)).

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha declarado “incapaz de percibir en la Constitución alguna garantía constitucional de acceso a habitáculos de determinada calidad”; porque “la Constitución no prevé remedios judiciales para todo mal económico y social.” Y, ha insistido en:

“ante la ausencia de un mandato constitucional, garantizar una vivienda adecuada y definir las relaciones entre propietarios y arrendatarios son funciones del poder legislativo, no del poder judicial”. (Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56, 74 (1972)).

En fin, el Tribunal Supremo ha sentado:

“la educación no se encuentra entre los derechos a los que se haya otorgado una protección explícita según la Constitución Federal”;

y:

“tampoco encuentra fundamento alguno para decir que está implícitamente protegido” (San Antonio Indep. School Dist. v. Rodríguez (411 U.S. 1, 35 (1973))).

Lo paradójico del caso estadounidense es que, mientras la Constitución federal y sus intérpretes más autorizados –los magistrados del Tribunal Supremo– niegan que pueda darse protección constitucional a los derechos económico-sociales y culturales, tanto la política exterior de Estados Unidos, como los Estados miembros en sus territorios respectivos, se han apartado de la interpretación federal. Por lo que se refiere a su actuación en la esfera internacional, Estados Unidos de Norteamérica suscribió en 1979 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que había entrado en vigor el 3 de enero de 1976; aunque es cierto

³⁰ La excepción sería, al parecer, el derecho a la educación, reconocido como deber impuesto por ley a las autoridades en prácticamente todos los Estados de la Unión. Cfr. al respecto el artículo de Susan H. BITENSKY “Theoretical Foundations for a Right to Education under the US Constitution: A Beginning to the End of the National Education Crisis”, pp. 550-642

que no lo ratificó, para no contraer obligaciones vinculantes. Tampoco, lógicamente, firmó el Protocolo Facultativo del citado Pacto, que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre del año 2008, que regula la posible presentación de denuncias por particulares ante la ONU por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Y es que los gobiernos de Estados Unidos siguen considerando los mencionados derechos como aspiraciones u objetivos difícilmente merecedores de ser reconocidos como derechos.

Las razones de esa negativa, aparte las aducidas sobre la naturaleza de la Constitución estadounidense a las que me referí más atrás, se han expuesto con detenimiento y en reiteradas ocasiones por la doctrina liberal. A tenor con la misma, el constitucionalismo estadounidense parte de un concepto restringido de los derechos fundamentales, según el cual son instrumentos que:

- a) vinculan solamente al Estado o los poderes públicos –orientación unidireccional y vertical–;
- b) se reconocen exclusivamente a los individuos –naturaleza subjetiva–;
- c) poseen un contenido y límites determinables –concreción– y
- d) son exigibles en caso necesario ante las autoridades judiciales –justiciabilidad–.

Desde esa óptica, carecen de peso y pierden valor las argumentaciones de signo contrario:

- a) en pro de la ‘drittwirkung’ de los derechos –eficacia de los mismos frente a los particulares–;
- b) en favor de los derechos de los grupos o colectivos;
- c) en pro de los derechos ‘sociales’, dada su indeterminación y
- d) a favor de su exigibilidad ante los jueces, dados
 - a) la imposibilidad material de satisfacerlos la mayoría de las veces y
 - b) la incompetencia del poder judicial para hacerlo –o la inconveniencia de que pudiera hacerlo.

Con todo, como he apuntado, algunos Estados de la Unión han aludido en los respectivos textos constitucionales a asuntos sociales, como la educación, la pobreza, la edad, el desempleo y la salud, que han servido de fundamento legal para plantear al gobierno estatal correspondiente las pertinentes reivindicaciones. Más de una decena de Constituciones de esos Estados contienen disposiciones que inciden en el deber de ordenar, requerir o instar a los órganos de gobierno estatales o locales a que creen y sostengan instituciones que amparen a necesitados de variada índole; o a que se aprueben normas para la impartición de enseñanza, la protección

de la salud, etc.³¹. Baste como muestra traer a colación el Estado de Nueva York, cuya Constitución dispone en la sección 1 del artículo XI:

“la Asamblea Legislativa contribuirá al mantenimiento y sostén de un sistema de escuelas comunes en las que puedan educarse todos los niños de este Estado”.

Y la sección 1 del artículo XVII que establece:

“El Estado, a través de sus departamentos y en la manera y con los medios que periódicamente establezca la Asamblea, contribuirá a la ayuda, el cuidado y sostén de los necesitados objeto de la preocupación pública.”

Es lo cierto que, si bien la abrumadora mayoría de las Constituciones de los Estados de la Unión mencionan la educación pública, no lo hacen invocando un pretendido derecho universal a recibirla, sino como una responsabilidad de los gobiernos de los distintos niveles, o como un deber u obligación, o incluso como (¿un derecho?) de un Estado en particular. Lo cual es algo muy distinto de su tratamiento como un derecho social y, por lo tanto, su satisfacción no está garantizada en modo alguno.

V. Los derechos socioeconómicos en la India

En contraposición a la teoría y la práctica de Estados Unidos, los derechos socioeconómicos y culturales son objeto de un tratamiento constitucional y jurisprudencial muy distinto.

La Constitución de la India es una de las constituciones calificadas de ‘transformadora’ –como, por ejemplo, la de Sudáfrica–, porque contiene un explícita declaración del ideal o la meta que deberán perseguir las instituciones que diseña, que no es otra sino remediar, si no acabar, con la desigualdad social generalizada, de hondas raíces en la historia de la India, y construir una sociedad igualitaria. Se ha dicho que la justicia social es la base sobre la que descansa en su integridad el edificio de la Constitución de la India (Krishana Iyer). No es, por lo tanto, una estructura pensada específicamente para delimitar el poder político con el fin de garantizar determinadas libertades consideradas básicas al modo estadounidense. Tampoco se elaboró para fundar una república meritocrática. Su objetivo

³¹ Véase el artículo de Robert DOUGHTEN “Filling Everyone’s Bowl: A Call to Affirm a Positive Right to a Minimum Welfare Guarantees and Shelter in State Constitutions to Satisfy International Standards of Human Decency”, pp. 421-446, y, en particular, la n. 49.

era constituir una democracia política y social a la que se atribuyeron los poderes necesarios para llevar a cabo una política intervencionista y agresiva destinada a alcanzar la igualdad formal y la igualdad real.

Es cierto que la Constitución de la India, siguiendo el modelo occidental, reconoció un conjunto de derechos civiles y políticos como derechos fundamentales –a la vida, a la igualdad, a la libertad de expresión, etc. (título III, artículos 12 al 35). Pero dedicó un título adicional (el IV, artículos 36 a 51) a los denominados Principios Rectores de la Política del Estado, en el que incluyó una serie de derechos sociales, económicos y culturales. Estos principios constituyen, en realidad, un programa enunciado en consonancia la filosofía del Preámbulo, en virtud del cual el Estado

“se esforzará en promocionar el bienestar del pueblo, asegurando y protegiendo tan efectivamente como pueda un orden social en el que la justicia social, económica y política, informe todas las instituciones de la vida nacional” (artículo 38.1).

En concreto,

“el Estado se esforzará en minimizar las desigualdades de renta y procurará eliminar las desigualdades en el estatus, servicios y oportunidades, no solo entre los individuos, sino también entre los grupos que residan en zonas diferentes, o dedicados a ocupaciones diferentes” (artículo 38. 2).

En todo caso, pensando con buen criterio en las dificultades que supondría la aplicación de las disposiciones recogidas en el título IV, los constituyentes tuvieron buen cuidado de precisar:

“no serían justiciables ante ningún tribunal, aunque los principios en él expuestos serían fundamentales en el gobierno del país y deberían ser aplicados por el Estado al elaborar las leyes” (artículo 37).

Uno de esos principios imponía al Estado el deber de

“asegurar que la propiedad y el control de los recursos materiales se distribuyan del modo que mejor sirvan al bien común”,

y de que:

“el funcionamiento del sistema económico no resulte en la concentración de la riqueza y de los medios de producción en perjuicio de todos” (artículo 39 b) y c))³².

³² Esa obligación explica los cambios experimentados por el derecho de propiedad, originariamente incluido en los artículos 19 y 31 –, por lo tanto, entre los denominados

La relación entre los derechos fundamentales y los principios rectores de la política, insertos ambos en la Constitución, ha variado a lo largo de los últimos treinta años. Lo que inicialmente se percibió por el Tribunal Supremo de la India como una suerte de binomio de normas recíprocamente excluyentes, de rango distinto, y potencialmente irreconciliable, pasó a interpretarse como una conexión entre preceptos complementarios e, incluso, de rango similar, que deberían armonizarse; hasta llegar a concluir que los principios deberían tenerse en cuenta para determinar el ámbito y alcance de los derechos, los cuales no constituyen un fin en sí mismos, sino un medio para un fin, que se especifica en los principios. Se produjo, en definitiva, un cambio en el entendimiento de los derechos constitucionales³³.

Con esa perspectiva integradora, que parte de una lectura de los derechos fundamentales desde la óptica de los principios rectores de la política, el Tribunal Supremo de la India cambió radicalmente el sentido de sus decisiones, al reconocer la faceta socioeconómica de los derechos fundamentales civiles y políticos y, lo que es más relevante, mediante la derivación de estos últimos de algunos derechos económico sociales. El punto de inflexión en este sentido fue la sentencia dictada en el litigio *Maneka Gandhi v. Union of India* (AIR 1978 SC 597), en la que realizó una interpretación expansiva del contenido y connotaciones del artículo 21³⁴.

“La decisión en el caso de *Maneka Gandhi* resultó ser la precursora de una serie de decisiones en las que se interpretaron libérrimamente las concepciones de ‘la vida’ y de ‘la libertad personal’”³⁵.

Así, en la sentencia dictada en el caso *Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi* (AIR 1981 SC 746), en el contexto de un litigio sobre los derechos de una persona arrestada en virtud de una ley de 1974 sobre contrabando, el Tribunal Supremo por boca del juez Bhagwati sentó *obiter dicta* la doctrina siguiente:

derechos fundamentales— y, posteriormente, degradado a la categoría de derecho constitucional no fundamental por la Enmienda Cuadragésimo Cuarta, de 1978.

³³ Sirvan de ratificación de lo expuesto las palabras que escribió el magistrado del TS indio Jeevan Reddy en el litigio *Unni Krishnan, J.P. v. State of Andhra Pradesh* (AIR 1993 SC 2178): “Las disposiciones de los Títulos III y IV no son excluyentes, sino que se completan y complementan, y los derechos fundamentales son un medio para alcanzar la meta señalada en el Título IV”.

³⁴ El artículo 21 reza: “Nadie será privado de su vida ni de su libertad personal, excepto de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley”.

³⁵ Justice K.G. BALAKRISHNAN, “Growth of Public Interest Litigation in India”, p. 23.

“el derecho fundamental a la vida, que es el derecho humano más precioso y que constituye el arco de todos los otros derechos, debe, por lo tanto, interpretarse con espíritu amplio y expansivo para dotarlo de significación y vitalidad perdurables que realcen la dignidad del individuo y el valor de la persona humana. Creemos que el derecho a la vida –del artículo 21– comprende el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que ello significa, es decir, las necesidades elementales de la vida, tales como una alimentación adecuada, vestimenta y techo sobre la cabeza y facilidades para leer, escribir y expresarse de diversas formas, moverse libremente y mezclarse con otros seres humanos”.

Y añadía:

“La magnitud e ingredientes de este derecho dependerá del estadio de desarrollo económico del país, pero en cualquier caso incluye las meras necesidades vitales y el derecho a desempeñar las funciones y actividades que constituyan la mínima expresión del ser humano”.

Con posterioridad, en el caso de *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (AIR 1986 SC 180), y como consecuencia del escrito presentado por un periodista en representación de cientos de personas que vivían en la calle y a las que se iba a desalojar para edificar una construcción, el TS estimó el derecho de los sin techo al sustento y al alojamiento como una extensión de la protección del derecho a la vida y a la libertad, y ordenó detener el desalojo. En otro posterior, *Shantisar Builders v. Narayanan Khimalal Totame* (AIR 1990 SC 630), el mismo Tribunal admitió:

“El derecho a la vida del artículo 21 incluye el derecho a recibir alimento, vestido, un entorno decente y un alojamiento razonable en el que vivir”.

Y añadió:

“Es menester tener clara la diferencia entre la necesidad de cobijo de un animal y la de un ser humano. Para el animal significa la mera protección de su cuerpo; para un ser humano significa un alojamiento apropiado que le permita crecer en todos los sentidos: físico, mental e intelectual”.

El desarrollo de esa jurisprudencia se ha debido principalmente a un nuevo instituto denominado PIL³⁶ y también, más propiamente ha-

³⁶ La Litigación en Interés Social o Público de la India no es asimilable a la figura de la ‘Public Interest Litigation’ que se desarrolló en Estados Unidos años antes, a la que se refirió Abram Chayes en la *Harvard Law Review* en su artículo “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, pp. 1281 y ss. La PIL nos trae a la memoria la Acción Popular vigente en España, restringida al ámbito penal y sometida a condicionantes y críticas por

blando, SIL³⁷. La litigación “en interés público o social” es una práctica del Tribunal Supremo de la India, seguida por los Tribunales Supremos de los Estados, nacida en el contexto del activismo judicial de la década 1970-1980, para afrontar la solución de problemas que afectaban a la generalidad, o al bien común, y para proteger los intereses de los sectores sociales más deprimidos. En 1981 el magistrado del Tribunal Supremo Prafullachandra N. Bhagwati, con ocasión del juicio *S. P. Gupta v. Union of India* (AIR 1982 SC 149), describía así la litigación en interés público:

“Cuando se causa un daño o lesión a una persona o a determinada clase de personas mediante la violación de cualquier derecho, o se le impone una carga conculcando una disposición legal o constitucional, o sin autoridad, o se les amenaza con dicho daño, lesión o carga ilegal, y esa persona o clase de personas no pueden, por razón de la pobreza, el desamparo, la incapacidad, o su situación económica o social, demandar el auxilio judicial, cualquier miembro del público puede presentar una solicitud de instrucción, orden o mandamiento ante el Tribunal Superior (del Estado), al amparo del artículo 226 y, en el caso de infracción de derechos fundamentales de esas personas o clases de personas, ante este Tribunal (Supremo), en virtud del artículo 32, a fin de solicitar la enmienda o reparación del daño o lesión causados”³⁸.

“Las actuaciones de dichos Tribunales en ese tipo de litigios han desempeñado un papel central en la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos, la promoción de las libertades civiles, los derechos de los trabajadores, la justicia de ‘género’, la conservación del medio ambiente y la garantía de los derechos socioeconómicos al alojamiento, la salud y la educación entre otros”³⁹.

políticos y seudoprogresistas; y también nos recuerdan otras acciones públicas de alcance limitado, en determinados ámbitos de la actividad administrativa (urbanismo, medio ambiente, patrimonio histórico y costas). A este respecto puede verse el artículo de M^a Pilar TESO GAMELLA, “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales”, pp. 71 y ss.

³⁷ *Vid.* Upendra BAXI, “Taking Rights Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India”, pp. 107-132.

³⁸ En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en la resolución del caso *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (AIR 1984 SC 802), explicó la PIL con estos términos: “[...] Cuando una persona o grupo de personas a las que se les ha causado un daño legal por violación de un derecho fundamental, es incapaz de demandar la actuación judicial para su reparación por razón de pobreza, incapacidad, o situación de desventaja social o económica, cualquier persona que proceda de buena fe podrá instar la intervención del Tribunal de acuerdo con el artículo 32 y, *a fortiori*, con el artículo 226, de manera que los derechos fundamentales tengan significación no solo para los ricos que poseen los medios para acceder a los tribunales, sino también para las masas de gentes que viven una vida de carencia e indigencia, y que son incapaces de impetrar el auxilio judicial por falta de decisión, de conocimiento y de recursos”.

³⁹ *Ibid.*

El primer caso de litigación en interés público fue el conocido *Hussainara Khatoon v. State of Bihar* (AIR 1979 SC 1360), desencadenado por Kapila Hingorani, un abogado que presentó un recurso a raíz de la publicación de varios artículos en el diario *Indian Express* que denunciaban el estado penoso de millares de detenidos pendientes de juicio, o que ya habían cumplido sus penas. Como consecuencia de este juicio se reconoció el derecho a una justicia rápida y se decretó la libertad de más de cuarenta mil personas. Desde entonces, la litigación en interés público o social se ha convertido en una actuación legal habitual.

Las características de este procedimiento son fundamentalmente tres: en primer término, la supresión del requisito de la legitimación activa, en el sentido de que no es necesario ser titular de un derecho o de un interés legítimo, sino que cualquier persona física o jurídica actuando de buena fe puede instar la intervención judicial en defensa del bien común o del interés social; en ocasiones, es el tribunal *suo moto* el que inicia el procedimiento, porque el asunto susceptible de tutela judicial llega a su conocimiento a través de la prensa o de una simple carta⁴⁰. En segundo lugar, la ausencia del principio de contradicción, lo que significa que no se trata de impartir justicia en un conflicto entre dos partes, una que reclama algo a otra, y otra que se opone a la pretensión de la primera. Su naturaleza no encaja en lo que es un pleito común en el ámbito contencioso –civil o penal–. Estamos más bien ante un esfuerzo de colaboración entre el demandante, el Estado o poder público concernido, y el tribunal, destinado sobre todo a garantizar la satisfacción de necesidades o derechos de sectores especialmente vulnerables de la sociedad. En tercer lugar, en este procedimiento, el órgano judicial deja de ser un mero árbitro receptor de las reclamaciones de las partes y el emisor de una decisión final ajustada a derecho, y se transforma en un sujeto activo. Como tal, impulsa el proceso, recaba información, busca el asesoramiento de *amici curiae*, nombra, si lo estima conveniente, comisiones ad hoc para cada caso, dicta instrucciones y monitoriza su ejecución. En el ejercicio de su jurisdicción, se sirve de cuantos medios le atribuyen las leyes procesales: diligencias informativas y de orientación, oficios, notificaciones, dictadas en la forma de providencias o de autos, mandamientos varios y, finalmente, de la sentencia⁴¹.

⁴⁰ “La práctica de iniciar procedimientos partiendo de cartas ya se ha perfilado y se ha descrito con la expresión ‘jurisdicción epistolar’. BALAKRISNAN, *op. cit.*, p. 23

⁴¹ El artículo 142 de la Constitución de la India, sobre cumplimiento de las órdenes y autos del Tribunal Supremo, dispone: “1º En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Supremo podrá dictar los autos y órdenes necesarios para *hacer justicia plena* en cualquier causa o asunto que se tramite ante él, y dichas órdenes serán de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la India del modo que disponga por ley el Parlamento y, hasta que así se haga, de la manera que establezca por orden el Presidente”.

Entre otras funciones, la litigación en interés social en la India forma parte de una estrategia global adoptada para mejorar las condiciones de vida de amplios sectores de población, a través de un reconocimiento efectivo a las personas individuales de los derechos económico-sociales esenciales: a la nutrición o sustento, al alojamiento, a la atención médica y a la educación. Pretende hacer realidad la letra de los textos constitucionales y de las declaraciones de convenios y tratados internacionales mediante la configuración de las necesidades básicas como derechos públicos subjetivos justiciables. La litigación en interés social es el resultado del denominado activismo judicial de algunos magistrados de los órganos superiores de administración de justicia. Lo cuestionable, empero, no es la litigación en interés social en cuanto tal, sino la extralimitación de las funciones judiciales producida al amparo de la misma, que, como tal, puede ser objeto de varias críticas, entre las que se nos ocurren las siguientes:

- La Constitución de la India, como ya he comprobado más atrás establece claramente que los Principios Rectores –que enuncian los derechos económico-sociales– no son justiciables (artículo 37). Este precepto, no obstante las numerosísimas reformas de la Constitución llevadas a cabo hasta la fecha, no se ha modificado. En consecuencia, dado que los jueces carecen de competencia para reformar la Constitución, al asumir las que no les corresponden están usurpando el poder atribuido expresamente por el artículo 368 al Parlamento –con la colaboración de los Parlamentos de los Estados en algunos supuestos–.
- El apartado VIII del anexo tercero a la Constitución de la India establece la fórmula del juramento o de la declaración que deberán prestar los jueces de un Tribunal Superior, en virtud de los cuales deberán observar con fidelidad y lealtad la Constitución como dispone la ley, y defender la Constitución y las leyes. Evidentemente, faltan al juramento en la medida en que se arrogan competencias que no les corresponden.
- Tanto el Tribunal Supremo de la India como los Tribunales Superiores de los Estados han ignorado reiteradamente los principios de la supremacía de la Constitución, y de la democracia popular, que el mismo Tribunal Supremo ha venido considerando como rasgos de ‘la estructura básica de la Constitución’ y, por ende, cláusulas intangibles de la misma.
- El activismo del poder judicial en la India le ha llevado de hecho a marcar la dirección político-social de la nación, asumiendo funciones y ejerciendo competencias que no son propias de jurisdicción alguna en el mundo.

Frente a la opinión expuesta, un sector doctrinal de gran autoridad y prestigio ha destacado la enorme contribución del Tribunal Supremo de la India a la democracia y ven con buenos ojos la práctica conversión del mismo en una institución de gobierno que ‘hace política’ en distintos ámbitos. En realidad:

“resulta difícil pensar en una sola cuestión de relevancia política en la que los tribunales de la India no hayan dejado su impronta” [...] “La debilidad del proceso político ha proporcionado un suelo fértil para el activismo judicial (y) en muchos casos el poder ejecutivo casi ha invitado al judicial a desempeñar un papel de conductor”. [...] Activismo judicial que “está justificado en la medida en que ayuda a preservar las instituciones y valores democráticos”. [...] Si los jueces emplean su poder en restaurar la integridad del proceso democrático, para dotar de mayor significado a nuestros derechos (incluyendo los socioeconómicos), y para promover el interés público, entonces un poder judicial asertivo puede ser a la vez un escudo y una espada para la democracia”⁴².

Con todo, la actuación de los órganos superiores del Poder Judicial en la India en materia de política social es, en nuestra opinión, una práctica inadecuada –por su carácter dudosamente constitucional–, y un remedio insuficiente –porque alivia los efectos de la desigualdad, pero no solventa el problema de la discriminación. No compete a los tribunales, sino al Estado y a sus órganos de las instancias ejecutiva y legislativa emprender, para alcanzar los objetivos fijados en el Preámbulo, una política continuada de transformación social que contribuya, al menos, a paliar las consecuencias del sistema de castas, al tiempo que posibilite y estimule un cambio de la ideología-mentalidad dominante. Labor esta extremadamente difícil por lo arraigado de las creencias y porque, en la realidad cotidiana,

“la aplicación-ejecución de las leyes del Estado y la maquinaria administrativa ha operado –y sigue operando– de acuerdo con el principio jerárquico de la casta”⁴³.

Como ya expuso el Dr. Bhimrao R. Ambedkar en el discurso que dirigió a la Asamblea Constituyente el 25 de noviembre de 1949, el sistema político de la India afronta desde su creación una contradicción que parece insalvable:

⁴² Pratap B. MEHTA, “India’s Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty”, pp. 79-80.

⁴³ NARULA, *op. cit.*, pp. 255-343.

“Debemos hacer de nuestra democracia política una democracia social. La democracia política no puede durar a menos que se sustente en una democracia social. ¿Qué quiere decir democracia social? Significa un modo de vida que reconoce como principios vitales la libertad, la igualdad y la fraternidad [...]. El 26 de enero de 1950 vamos a entrar en una vida de contradicciones. En política tendremos la igualdad, y en la vida económica y social tendremos desigualdad. En política reconoceremos el principio un hombre-un voto y un voto-un valor. En nuestra vida económico-social, continuaremos, por razón de nuestra estructura económica y social, rechazando el principio un hombre-un valor. ¿Cuánto tiempo continuaremos viviendo esta vida de contradicciones? ¿Cuánto tiempo seguiremos negando la igualdad en nuestra vida social y económica? Si lo hacemos durante mucho tiempo, pondremos en peligro nuestra democracia política. Debemos superar esta contradicción lo antes posible, porque, de otra forma, aquellos que sufren la desigualdad harán saltar la estructura de la democracia política que esta Asamblea ha construido con tanto esfuerzo”.

Esa contradicción es la misma que otros estudiosos formulan con otras palabras, contraponiendo la Constitución escrita a la ‘no escrita’, la igualdad formal a la mentalidad jerárquica socialmente predominante, las disposiciones constitucionales a las normas consuetudinarias del sistema de castas y de la intocabilidad y, en definitiva, la sumisión del ‘rule of law’ al ‘rule of caste’, con la peculiaridad de que el gobierno del régimen de castas y de la intocabilidad forma parte del ‘orden natural’ de las cosas⁴⁴.

Bibliografía

- BAKSHI, Peter M., *La Constitución de la India*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013.
- BALAKRISHNAN, Justice K.G., “Growth of Public Interest Litigation in India”, in *Singapore Academy of Law*, Singapore, 2008.
- BARTOLI, Celia, “Affirmative Action in India: Redistribuzione di Beni e creaciones di Identita”, in *Política del Diritto*, anno XL, N° 3, Mulino, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, 2ª ed., México, FCE, 1999.
- BAXI, Upendra, “Taking Rights Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India”, in *Third World Legal Studie*, N° 6, vol. 4, Valparaíso, 1985.
- BELZ, Herman, *Equality Transformed: A Quarter-Century of Affirmative Action*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1991.

⁴⁴ Véase el trabajo citado en la nota anterior.

- BITENSKY, Susan H., "Theoretical Foundations for a Right to Education under the US Constitution: A Beginning to the End of the National Education Crisis", in *Northwestern University Law Review*, N° 86, Michigan, 1991-1992.
- BUENO, Gustavo, *La vuelta a la caverna. Terrorismo, guerra y globalización*, Barcelona, Ediciones B, S.A., 2005.
- CALVÈS, Gwénaële, "L’Affirmative Action dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis", Paris, L.D.G.J, 1998.
- CHAYES, Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", in *Harvard Law Review*, vol. 89, N° 7, Harvard, 1976.
- CHOUdry, Sujit, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University, 2006.
- DESHPANDE, Ashwini, "Affirmative Action in India and the United States", in *Equity and Development. World Development Report*, Washington D.C, 2006.
- DOUGHTEN, Robert, "Filling Everyone’s Bowl: A Call to Affirm a Positive Right to a Minimum Welfare Guarantees and Shelter in State Constitutions to Satisfy International Standards of Human Decency", in *Gonzaga Law Review*, vol. 421, Washington D.C, 2003-2004.
- DUMONT, Louis, *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus Ediciones, 1982.
- ENTERRÍA, Álvaro, *La India por dentro*, 6ª ed., Madrid, Olañeta, 2014.
- FEAGINS, Ken, "Affirmative Action or the Same Sin", in *Denver University Law Review*, vol. 67, Denver, 1990.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, "Introducción al estudio de los derechos del hombre", en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, vol. III.
- GUÉNON, René, *Autoridad espiritual y poder temporal*, Barcelona, Paidós, 2001.
- HAY, Stephen, *Sources of Indian Tradition*, 2ª ed., New York, Columbia University Press, 1998, vol. II.
- KUMAR V, Santhosh, *Social Justice and the Politics of Reservation in India*, New Delhi, Mittal Publications, 2008.
- MEHTA, Pratap B., "India’s Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty", in *Journal of Democracy*, vol. 18, N° 7, Baltimore, 2007.
- MORGAN FOSTER, JASON, "From Hutchings Hall to Hyderabad and Beyond: A Comparative Look at Affirmative Action in Three Jurisdictions", in *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, Washington, 2006.
- MÜLLER, Max, "La emigración de las fábulas", en Max Müller, *Mitología comparada*, Barcelona, 1988.
- NARULA, Smita, "Equal by Law, Unequal by Caste: The ‘Untouchable’ Condition in Critical Race Perspective", in *Wisconsin International Law Journal*, N° 8-30, vol. 26, New York, 2008.
- OLAÑETA, José J. de, *La India por dentro*, 8ª ed., Palma de Mallorca, Indica Books, 2011.

- PANDIT, Sameer, "M. Nagaraj v. Union of India: Legal and Theoretical Reflections", in *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 49, New Delhi, 2007.
- RADHAKRISNAN, Sarvepalli, *Eastern Religions and Western Thought*, New Delhi, Oxford University Press-Oxford India Paperback, 1991.
- TESO GAMELLA, María Pilar, "Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales", en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 36, Madrid, 2009.