

ACCIONES POSITIVAS: ORÍGENES, CONCEPTUALIZACIÓN Y PERSPECTIVAS¹

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dimensión histórica y formación de la acción positiva: el ordenamiento jurídico norteamericano*. III. *Las acciones positivas*. IV. *Recomendaciones para la implementación de acciones positivas*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN²

Sin lugar a duda en las sociedades actuales, sociedades multiculturales en su mayoría, hay manifestaciones constantes que reivindican medios de protección para salvaguardar las garantías individuales o derechos fundamentales del ser humano. En este tenor es indudable también que cuando un tema ocupa a diario un espacio importante en los medios de comunicación y enfrenta, entre sí, a la Administración, partidos políticos, empresarios, organizaciones no gubernamentales, instituciones internacionales en defensa de los derechos humanos e incluso a los ciudadanos, indica que estamos ante un fenómeno social preocupante y de máxima importancia, nos referimos, en este momento, a la discrimina-

¹ Este artículo es preliminar a un estudio realizado por la autora para la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, elaborado en julio de 2005, titulado “Observación general sobre la aplicación de acciones positivas en el gobierno del Distrito Federal”. Acotamos el mismo para servirnos impartir la cátedra dentro del Diplomado sobre Derecho a la No Discriminación, cuyas participaciones están contenidas en el presente volumen.

² González Martín, Nuria, “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”, en Jiménez Lara, M. José y Franco Rojas, Ricardo (coords.), *Nuevas estrategias para la política de inmigración solidaria*, Sevilla, Mergablum, 2003, pp. 185-207.

ción laboral por origen étnico o racial, al fenómeno migratorio, y a todas sus manifestaciones y variantes.³

En todas las democracias liberales, uno de los principales mecanismos utilizados para adecuar las diferencias culturales es la protección de los derechos civiles y políticos de los individuos⁴. Estos derechos permiten a los sujetos formar y mantener los diversos grupos y asociaciones que constituyen la sociedad civil, adaptar estos grupos a las circunstancias cambiantes y, por último, respecto al tema, fomentar sus perspectivas e intereses en la totalidad de la población.⁵

Se trata, entre otras, de cuestiones tales como la integración, e independientemente de que lleguemos a conclusiones integradoras o no de las diferentes identidades o grupos, ello no obsta para que se puedan y deban fomentar políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos, grupos vulnerables.

En el contexto europeo no se han hecho esperar las reacciones ante la discriminación, inmigración, el desempleo o la inseguridad ciudadana.

A modo de ejemplo, tenemos que en Alemania el número de violentos ultraderechistas aumenta cada año y uno de cada cuatro jóvenes se considera racista y evita el contacto con los inmigrantes.

El gobierno austriaco del líder de la derecha Jörg Haider, adoptó posiciones extremistas en el tema de inmigración con la intención de “proteger” su país.

El triunfo parcial que tuvo en la primera vuelta de las presidenciales francesas Jean Marie Le Pen, basando su campaña, el líder de la ultra de-

³ Martínez García, María Victoria, “El fenómeno migratorio europeo en la actualidad”, VV.AA., *Memorias del VI encuentro Canarias-América. Las migraciones y transterrados de España y México. Una segunda mirada humanística y científica*, México, Escuela Nacional Preparatoria-UNAM, 2002.

⁴ Véase la distinción de gran controversia, según Luigi Ferrajoli, entre derechos sociales y derechos de las minorías:

Dentro del Estado social de derecho todavía no se ha desarrollado una estructura garantista que permita vigilar y corregir las violaciones de los *derechos sociales*. Esta cuestión suscita un debate de mucha actualidad como es la revaloración de las diversas identidades nacionales y su convivencia dentro de una unidad estatal.

Derecho de las minorías: debe darse un estatuto jurídico diferenciado para ciertas identidades nacionales o minorías y quizá sea la única forma de garantizar la convivencia futura de varios Estados aparentemente consolidados.

⁵ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 46.

recha francesa, en la salvaguarda de la madre patria que se ve amenazada, entre otras cosas, por la inmigración descontrolada. La segunda vuelta dio la victoria a Jacques Chirac con el voto de la izquierda francesa, no sin antes haber sobresaltado a toda Europa.

El asesinato en los Países Bajos, en plena campaña electoral, del líder ultraderechista Pin Fortuyn, quien reconocía que Holanda está superpoblada y entre sus propuestas estaba el cerrar las fronteras a los inmigrantes, dio lugar a que esta fuerza política sea la segunda más votada en Holanda.

Tampoco debemos olvidarnos de Berlusconi en Italia y de los nuevos movimientos ultraderechistas que están cobrando gran protagonismo en Dinamarca y Bélgica.⁶

Todos y cada uno de los ejemplos citados son muestras significativas de cómo el problema está alertando a la población europea y por ello se reivindica la elaboración de una legislación comunitaria eficaz aplicable a todos los países miembros.⁷

Una situación muy similar a la europea, pero con un contexto diferente, lo tenemos en los Estados Unidos de América en donde la discriminación racial o sexual, en sus orígenes, y en la actualidad el resto de las manifestaciones discriminatorias,⁸ se han ido sucediendo constituyendo la sociedad norteamericana un modelo de sociedad excluyente y racista por excelencia. No obstante, si queremos realizar, en estas notas, un breve recorrido por aquellas políticas positivas que activan e impulsan las acciones no sólo con una función resarcitoria sino con una función, además, de reequilibrio y redistribución, debemos analizar, aunque sea sucintamente, el itinerario norteamericano.

⁶ Martínez García, María Victoria, *op. cit.* nota 3.

⁷ Para ampliar la información de la actualidad comunitaria en este aspecto, sugerimos la lectura de Gómez Muñoz, José Manuel, "La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. A propósito de la Directiva 2000/43/CE", *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 65-92.

⁸ No olvidemos el tema, últimamente muy en boga, relacionado con las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, "Igualdad y discriminación genética", en Muñoz, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 139-151.

II. DIMENSIÓN HISTÓRICA Y FORMACIÓN DE LA ACCIÓN POSITIVA: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO⁹

Para comprender la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos de América, es indispensable conocer algo acerca de la historia, el sistema gubernamental y el sistema político del país; es indispensable conocer la naturaleza y raíz del problema racial en dicho país para que se pueda así entender el por qué de dichos conflictos y el por qué, en definitiva, de toda una amplia e innovadora legislación sobre los derechos civiles.

El origen de la *Affirmative Action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión,¹⁰ hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos.¹¹ La historia norteamericana había demostrado, reiteradamente, que incluso las leyes más sabias y los esfuerzos mejor inspirados para luchar contra la discriminación habían sido incapaces de aumentar la representación de las minorías si no se apoyaban en medidas concretas, precisas y obligatorias.

El recorrido que planteamos inicia en la Constitución norteamericana de 1787, y en concreto con sus enmiendas decimotercera,¹² decimocuarta

⁹ González Martín, Nuria, "Origen, concepto y características del derecho a la no discriminación", *Memorias del Foro: Análisis y debate sobre el derecho a la no discriminación en el marco internacional de los derechos humanos*, organizado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, D. F. 30 de noviembre de 2004 (en prensa).

¹⁰ Esta traducción de acción positiva es más común en el contexto europeo y concretamente surge en el Reino Unido pero también se considera factible traducirla como acción afirmativa.

¹¹ Turner, R., *The Past and Present of Affirmative Action*, New York, Quorum Books, 1991, pp. 1 y ss. Citado por Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 33 y 34.

¹² Enmienda XIII (18 de diciembre de 1865). Sección 1. Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo de un crimen del cual la parte haya sido hallado debidamente culpable, podrán existir en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción. Sección 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada.

ta¹³ y decimoquinta,¹⁴ en donde la esclavitud queda abolida definitivamente y se conceden a los negros derechos de ciudadanía a nivel constitucional.

La decimocuarta enmienda constitucional norteamericana surge, realmente, en el caso *Barrow*. En él, se dilucidó si los Estados estaban sujetos a la Declaración de Derechos de la Constitución Americana, llegando el Tribunal Supremo a la conclusión de que esto no era así. La Declaración de Derechos, apuntaba la Corte Suprema, únicamente limitaba al legislador federal, siendo las propias Constituciones de los estados las que debían acotar las leyes estatales. Esta interpretación dio lugar a que los estados esclavistas del sur pudieran seguir negando la condición de ciudadanos a su población africana.¹⁵

Después de la Guerra Civil (1861-1865), el norte triunfador, para asegurar el abolicionismo, impulsa en 1866 una ley antidiscriminatoria, la *Civil Right Act*, y en 1868 una reforma constitucional obliga a los estados a tratar a todas las personas nacidas en Estados Unidos por igual, es el nacimiento de la mencionada decimocuarta enmienda constitucional.¹⁶

En 1896 comienza la verdadera segregación entre blancos y negros cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite la sentencia *Plessy vs. Ferguson en la que se estableció* la doctrina “iguales pero separados”, que reforzaba la constitucionalidad de una ley de la Asamblea General del Estado de Louisiana, aprobada en 1890, que regulaba disposiciones referentes a compartimentos de ferrocarril separados para las razas blanca y de color. La Corte sostuvo que la segregación impuesta por el Estado, debida a leyes que exigen la separación, “no necesariamente implica la inferioridad de una raza frente a otra ...”, “una distinción que se funda en

¹³ Enmienda XIV (28 de julio de 1868). Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado donde residan. Ningún estado instrumentará o pondrá en vigor ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Tampoco podrá estado alguno privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal. Asimismo, no podrá negar a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes.

¹⁴ Enmienda XV (30 de marzo de 1870). Sección 1. El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado o restringido por los Estados Unidos o algún otro estado por motivo de raza, color o condición previa de servidumbre. Sección 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada.

¹⁵ Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 88.

¹⁶ *Idem*.

el color de las dos razas y que debe siempre existir en tanto que los hombres blancos se distinguen de la otra raza por el color, no tiende de manera alguna a destruir la igualdad legal de las dos razas o a restablecer un estado de servidumbre involuntaria ...”, tratando de darle sustento a través de la decimotercera enmienda constitucional,¹⁷ cuestión que no logró.

La cláusula de igual protección que contiene la decimocuarta enmienda constitucional, se considera como la primera posibilidad normativa creada en el derecho constitucional comparado para lograr la igualdad en la ley. La igualdad en la ley establecida en la decimocuarta enmienda únicamente vinculaba a la ley estatal, no a la ley federal. Al no existir ninguna cláusula de igual protección en la originaria *Bill of Rights*, la Constitución, que obligaba a los estados a no discriminar a través de la enmienda decimocuarta, dejaba sin sanción la discriminación proveniente de una ley del gobierno federal.¹⁸

La lucha por la desegregación tuvo un marcado valor a través de una serie de órdenes ejecutivas, reglamentos administrativos, a los que recurre el presidente sin que sea necesario que el Congreso dé su visto bueno para su plena vigencia y validez; sin embargo, éste último sí que ejerce un control indirecto ya que estas órdenes necesitan financiación para su plena implantación y ésta sólo pueden conseguirse con el beneplácito del Congreso.

En 1941, el presidente Roosevelt promulga la orden ejecutiva 8802, en la que se adopta la primera prohibición de discriminación racial aplicada a todas aquellas empresas armamentísticas que quisieran obtener un contrato con el Gobierno.¹⁹

¹⁷ Quint, Howard H., *et al.*, (edits.), *Main Problems in American History*, 3a. ed., The Dorsey Press, vol. 2, 1972, pp. 145-148, citado por Núñez García, Silvia y Zermeño Padilla, Guillermo, *Estados Unidos de América. Documentos de su historia III*, México, Instituto Mora, 1988, pp. 64-68.

¹⁸ Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 15, pp. 88-89.

¹⁹ A partir de esta primera orden ejecutiva de 1941 implementando la igualdad, se promueven una diversidad de órdenes:

O. E. 9346. (1943 y 1946), que crea una Comisión de Prácticas Equitativas de Empleo; recomendó, asimismo, medidas tendentes a eliminar la discriminación y a promover la utilización de fuerza de trabajo; además, no sancionó a los contratistas por incumplimiento de una orden ejecutiva, ni siquiera rescisión, sino que utilizó la publicidad y la influencia moral. En definitiva, la orden ejecutiva perseguía: 1. Resolver la discriminación con la negociación y persuasión. 2. Resolver la discriminación con el gobierno federal que manifieste autoridad y propósitos. 3. Cuando la negociación fracasara eran esenciales las audiencias públicas; y por último. 4. el Congreso tenía la obligación de promulgar legislación federal relativa a prácticas equitativas de empleo.

En 1954, con la Sentencia del Tribunal Supremo *Brown vs. Board of Education of Topeka*, se declaró inconstitucional la segregación en las escuelas, derogando la teoría contenida en la Sentencia *Plessy vs. Ferguson* de 1896.

O. E. 9691. (1946), prohibió la discriminación racial en la contratación de temporeros.

O. E. 9808. (1946 Y 1964), examinaba la situación vigente y realizaba recomendaciones. Creó una Comisión de Derechos Civiles de la Presidencia y recomendó una Comisión Federal de Prácticas Equitativas de empleo con atribuciones para poner en práctica la orden presidencial y ordenar su cumplimiento.

O. E. 9980. (1948), creó el Consejo de Equidad en el Empleo, encargado de hacer cumplir la política de no discriminación en la rama ejecutiva del gobierno federal.

O. E. 10479. (1953), se propuso amparar a los ciudadanos por sus calificaciones en toda la actividad que se utilizaran fondos públicos. Se creó una Comisión Presidencial de Contratos con el gobierno, como labor educativa, además de una cláusula antidiscriminatoria obligatoria referida al empleo, ascenso, traslado, contratación, publicación ofertas de empleo, ceses, despidos, salarios y programas de aprendizaje pero las excepciones eran muchas. Por último, estableció un procedimiento de quejas: recepción, verificación, análisis y resolución.

O. E. 10925. (1961), Esta orden fue promovida por el presidente Kennedy y creó la Comisión Presidencial de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, una poderosa acción administrativa del Poder Ejecutivo: las empresas que firmaron un contrato con el gobierno tendrían en caso de incumplimiento, sanciones especiales (rescisión e incluso impidió la firma de contratos con empresas que discriminen, publicar nombres, etcétera).

Sanciones especiales:

1. Por parte del organismo gubernamental contratante.
2. Por parte de la Comisión.
 - Podía iniciar encuestas o investigaciones.
 - Los contratistas tenían obligación de suministrar información de las actividades sindicales.
 - Las empresas contratantes debían elaborar programas de acción positiva.
 - Las empresas después de los 30 días siguientes a la firma del contrato, debían presentar un "informe de observancia" y después los subsiguientes seguimientos.
 - Todo ello basándose en la idea de que la persuasión puede ser eficaz cuando la obligación jurídica ha sido definida con precisión.

O. E. 11246. (1965), el presidente Lyndon B. Johnson firmó la primera Ley Derechos Civiles en la que se estableció una Comisión de Igualdad de Oportunidades (5 miembros que solicitan responsabilidades); Johnson derogó la Comisión de Igualdad de Oportunidades de la ley de Derechos Civiles y los transfirió a la Secretaría del Trabajo.

Objetivos:

1. Dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento.
2. Garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.

En el caso *Oliver Brown et al. vs. Board of Education of Topeka, Kansas*, el fallo unánime de la Corte, bajo la presidencia del juez Earl Warren, favoreció las demandas de los negros. La Corte declaró que la segregación tiene un efecto perjudicial sobre los niños de color; la segregación deliberadamente implantada producía un estigma de inferioridad psicológica en el niño negro, e incluso declaraba que la segregación en sí misma era un error moral. Desde entonces, y en lo sucesivo, la lucha negra por la desegregación llegó a ser con más claridad un “movimiento normativamente orientado”. El énfasis que el caso Brown puso sobre la escuela pública oscureció su verdadero significado. En gran medida el significado de la sentencia Brown reside más allá del ámbito escolar, en el fundamento que estableció un ataque masivo contra la misma legislación Jim Crow.²⁰

Antes de Brown era habitual “la separación forzosa de negros y blancos, precursora americana del apartheid sudafricano”; después de Brown las playas públicas y los autobuses, los parques, los tribunales, etcétera, comenzaron a abrirse a blancos y negros simultáneamente. Brown fue el elemento catalizador que conmovió al Congreso y que culminó con los dos actos fundamentales del siglo en materia de derechos civiles: uno de ellos permitió el acceso de los negros a los restaurantes, a los hoteles y al ámbito laboral, en igualdad de condiciones; el otro, otorgó a los votantes negros el carácter de una nueva fuerza política.²¹

Fue en los Estados Unidos de América, con la Administración Johnson, cuando se comienza a tener en cuenta no sólo lograr niveles de igualdad sino dar los instrumentos. Johnson declaró en la ceremonia de entrega de diplomas de la Universidad Howard, en junio de 1965, es decir, el mismo mes de la votación decisiva en el Congreso que daba una mayor participación electoral a los negros “La libertad no es suficiente. No es posible borrar las cicatrices de heridas seculares diciendo ‘Ahora sois libres, libres de hacer lo que queráis, de elegir a los dirigentes que os parezca’. Cuando alguien ha permanecido encadenado durante años no basta, para hacerle justicia, con romper sus cadenas y decirle ‘Ahora sí que puedes competir libremente con los demás’. Lo que queremos es una libertad unida a verdaderas posibilidades de ejercerla, para que la igualdad no sea un principio abstracto, sino una realidad tangible, un auténtico paso adelante”.

²⁰ En 1890 se promulgan las primeras leyes de “Jim Crow”, que segregan completamente la raza blanca de la raza negra. Se estimulan con dichas leyes, maneras de opresión y explotación que dejó en un lugar inferior al negro. Calderazzi, A. Máximo, *La revolución negra en los Estados Unidos*, trad. de Arriba Egea, España, Bruguera, 1972, p. 66.

²¹ Wilkinson, J. Harvie, *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*, New York, Oxford University Press, 1979.

En los años posteriores y hasta la promulgación de la Ley de Derechos Civiles de 1964, fue la Administración Federal la que más se preocupó por hacer efectivos los mandatos de la sentencia *Brown* para que la situación cambiase de una manera real y efectiva; no obstante se necesitaba una respuesta más activa y contundente que la que podía proporcionarse a través de estos instrumentos ejecutivos.

A través de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el legislador norteamericano da respuesta a las demandas del movimiento de lucha por el pleno reconocimiento de los derechos civiles a los negros, iniciadas en 1954 con la Sentencia *Brown*; y se demandan cambios políticos, económicos y sociales reales.

La Ley de Derechos Civiles fue promovida el 20 de junio de 1963 por el republicano Sélter, promulgada por el Congreso el 2 de julio de 1964 y entró en vigor al año siguiente, el 2 de julio de 1965.

La Ley contenía once títulos con el siguiente contenido: voto, establecimientos públicos, asistencia pública, educación, Comisión de Derechos Civiles, programas financiados por el gobierno, igualdad de oportunidades empleo, estadísticas de voto, apelaciones casos de derechos civiles, comunidad y miscelánea.

La Ley, en su título VII, requiere que los empleadores, sindicatos y agencias contraten con base en los méritos y habilidades sin distinguir por raza, género, etcétera.

El título VII fue más allá de una simple enmienda de las disposiciones procesales. Concretamente, el título VII Ley de Derecho Civiles *prohibió*:

1. Que una oficina de empleo omitiera recomendar o se negara a recomendar para un empleo a un individuo por cuestiones de raza, sexo, etcétera.
2. Que un sindicato excluyera por origen étnico, racial, etcétera o incitara a empleador a excluir a individuos pertenecientes a este grupo.
3. La no admisión en cursos de formación por raza, sexo, etcétera.
4. Además, expresamente, se prohíbe presentar recriminación contra una persona por haberse opuesto a una práctica ilícita de empleo o haber presentado acusación.

Las únicas excepciones que autoriza la Ley son las que se refieren:

1. Al empleador respecto al empleo de extranjeros en sus oficinas del exterior;

2. A las instituciones religiosas respecto del empleo de personas de determinada religión para que efectúen trabajos relacionados con sus actividades religiosas;
3. A las instituciones docentes, que están exentas de todas las disposiciones de la ley en cuanto al empleo relacionado con sus actividades docentes.²²

En definitiva, la Ley de Derechos Civiles de 1964 y en concreto su título VII prohibió la discriminación racial y sexual en el ámbito laboral, estableciendo, por una parte, la prohibición a los empresarios, sindicatos y agencias de colocación llevar conductas discriminatorias directas o intencionales; y por otro lado, reconoció a los tribunales la capacidad de imponer planes de acción positiva como remedio de conductas discriminatorias.

En 1971 la Suprema Corte falló, por unanimidad, en el caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, expresando que el título VII de la Ley de Derechos Civiles, prohibía no sólo las prácticas que tenían un motivo de discriminación sino también las prácticas que fueran adoptadas sin intención de discriminación pero que tenían un efecto de discriminación en las mujeres y en las minorías en general.²³ Esta decisión fue el comienzo de una definición legal denominada “impacto dispar” o “efecto adverso”. En este caso, si el demandante alega el impacto de una práctica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha práctica es justificada; en *Griggs vs. Duke Power Co.*, la carga de la prueba que presentaron fue la “necesidad del negocio” (*Business Necessity*).

Por una parte, el demandante establece que la práctica tuvo un efecto adverso a un grupo protegido cuando: si la práctica usada es de alguna forma limitante a las oportunidades de trabajo entre blancos y negros, hombres y mujeres, etcétera, y al mismo tiempo tiene que demostrar que

²² Follete, Jennifer Miyoko, “Complete Justice: Upholding the Principles of Title VII Through Appropriate Treatment of After-Acquired Evidence”, *Washington Law Review*, Seattle, vol. 68, núm. 3, julio 1993, pp. 652-653; Means, John E., “Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 73, núm. 3, marzo 1966, pp. 237-279.

²³ Bartosic, Florian y Minda, Gary, “The Labor Law Legacy of the Burger Court’s Last Term: A Failure of Imagination and Vision”, *Arizona Law Review*, Tucson, vol. 28, núm. 4, 1986, pp. 535-538. Véase, asimismo, el comentario de una sentencia opuesta al caso *Griggs* como es la decisión de 1984, *Memphis Firefighters vs. Stotts*.

dicha práctica no es esencial o indispensable para el negocio del empleador. Por otra parte, el demandado, debe de probar que el uso de la práctica está justificada por la práctica o necesidad del negocio.

El caso *Griggs* conceptualiza la discriminación como un fenómeno complejo, de naturaleza sistemática. Se trata, entonces, de corregir los desequilibrios raciales y sexuales existentes en la composición de la fuerza de trabajo y la infrautilización de la misma, con el fin de evitar futuras condenas por discriminación.

Tras la Sentencia *Griggs* se implantaron numerosos planes de acción positiva al amparo de la mencionada orden ejecutiva 11.246 de Johnson de 1965, en la que se establece un doble objetivo: dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento; y en segundo lugar, garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.

Como decimos, estos principios fueron interpretados por la Corte Suprema de una manera amplia lo que dará lugar a la doctrina de la Discriminación Indirecta (*Disparate Impact*)²⁴ de 1971 y a la admisión de las acciones positivas en el sector privado.

Todos estos principios y acciones dieron lugar a la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, como primera reforma del título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Entre sus novedades destacaba: 1. la aplicación del título VII a empresas con más de 15 trabajadores; 2. la extensión de la prohibición de discriminar en los ámbitos local y estatal; y 3. las nuevas funciones de la EEOC dado el papel pasivo de las Agencias Federales en la lucha contra la discriminación. Asimismo, incorporó la expresión “prácticas o conductas discriminatorias” al texto del título VII; se hizo referencia a nuevos criterios distributivos al tenerse en cuenta el alto porcentaje de desempleo entre las personas pertenecientes a colectivos tradicionalmente discriminados, demandando actuaciones que corrigiesen esa situación.

²⁴ *Disparate Treatment* y *Disparate Impact* son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconscientes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso y con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o no intencionalidad de la discriminación. Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 37 y ss.

A principios de la década de los ochenta, la situación era la siguiente: 1. En el ámbito público, el gobierno promulgó la *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures* (aplicado tanto al sector público como privado) fijando los criterios necesarios para comprobar que los test y reglas de selección utilizados fueran los correctos; la *Equal Employment Opportunity Commission* elaboró guías de orientación para los empresarios privados que voluntariamente quisiesen adoptar planes de acción positiva en sus empresas; 2. En el ámbito judicial, también se utilizaron metas y calendarios como instrumentos judiciales para acabar con situaciones discriminatorias. Impusieron planes de acción positiva para remediar los efectos de conductas discriminatorias comprobadas, centrándose en corregir situaciones de desigualdad que se producían en la admisión, contratación y promoción de trabajadores; 3. En el ámbito privado, los empresarios adoptaron planes, fijando una serie de requisitos numéricos mínimos con la finalidad de corregir los desequilibrios existentes entre la composición de su fuerza de trabajo y la del mercado en general.²⁵

También en los ochenta, con el cambio de administración, se renovaron algunos jueces de la Suprema Corte. Esta nueva situación dio lugar a que en 1988 la Suprema Corte juzgara una serie de casos, entre otros los casos *Wards Cove Atonio*; *Price Warehouse vs. Hopkins* en los que se dio un retroceso importante a la doctrina sobre la discriminación indirecta y la acción positiva.

En materia de discriminación se alteró el modelo de carga de la prueba y las evidencias necesarias para demostrar la existencia de discriminación indirecta; se admitió la existencia de motivos mixtos en las conductas discriminatorias del empresario; se sostuvo que el periodo para impugnar una regla discriminatoria en materia de antigüedad comenzaba cuando la regla fue adoptada y no cuando el trabajador fuese despedido; y por último, se limitó la aplicación del concepto de acoso sexual.

En cuanto a los planes de acción positiva, se permitió que trabajadores blancos pudieran impugnar un plan de acción positiva, contenido en un *Consent Decree* años después de su aprobación judicial. Un *Consent Decree* no podía afectar a los derechos de personas que no participaron en su elaboración o dieron el visto bueno para su presentación ante un tribu-

²⁵ Pueden llevar a efecto las políticas de acción positiva distintos agentes del sector público, como el gobierno federal o los gobiernos estatales y locales, o el sector privado, como empleadores o centros de enseñanza, así como el ámbito judicial en el sentido descrito.

nal por lo que se permitía que cualquier trabajador que se hallase en estas circunstancias pudiera impugnarlo con independencia de su fecha de aprobación. Se estableció, por otra parte, un modelo de revisión judicial para los planes públicos de acción positiva que contuviesen una reserva mínima de plazas a favor de grupos minoritarios .

Todos estos avances determinaron una verdadera y amplia reforma a la Ley de Derechos Civiles de 1964. El primer borrador de la reforma de la Ley de Derechos Civiles fue presentado en 1990 y en él se daba una regulación específica a la acción positiva al establecerse una previsión anticuota que finalmente no fue aprobada.

La nueva Ley de Derechos Civiles fue aprobada y sancionada el 21 de noviembre de 1991 por el presidente George Bush tras arduas negociaciones entre Congreso, Senado y el presidente. El objetivo del Congreso era establecer remedios adicionales para la discriminación intencional y el acoso sexual en el trabajo, codificar los conceptos de “necesidad de empresa o de negocio” y “relación con el trabajo” para evitar más confusiones en torno a su contenido, y proporcionar una protección adecuada a las víctimas de la discriminación.

Con la Ley de Derechos Civiles de 1991 se consolidó la doctrina del mencionado *Disparate Impact*,²⁶ de la inversión de la carga de la prueba, el incremento de indemnización por daños y perjuicios y la ampliación de la prohibición de discriminación a los test de trabajo. Con respecto a la acción positiva, la ley se limitó a establecer la legalidad de los reme-

²⁶ Germen, Heather K., “Understanding Mixed Motives Claims Under the Civil Rights Act of 1991: An Analysis of International Discrimination Claims Based on Sex-Stereotyped Interview Questions”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 91, núm. 7, junio, 1993, pp. 1824, 1837-1841. Véase, asimismo, la diferencia entre *Disparate Treatment* y *Disparate Impact* en Barthelet, Elizabeth, “Proof of Discriminatory Intent Under Title VII: United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 70, núm. 5, septiembre, 1982, pp. 1205-1209; así como Sean W., “The Public Policy Exclusion and Insurance for Intentional Employment Discrimination”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 92, núm. 5, marzo, 1994, pp. 1307-1312. Con respecto al *Disparate Treatment* en cuando al género Aamot-Snapp, Kari, “Putting Teeth into Minnesota’s Employment Discrimination Law: A Legislative Proposal Defining Gender Stereotyping”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 79, núm. 1, noviembre, 1994, pp. 221 y ss.; Thompson, Jennifer L., “Civil Rights-Employment Discrimination: The Standard of Review in State-Based Employment Discrimination Claims: The North Dakota Supreme Court Redefines the Standard of Review in Employment Discrimination Claims, Schuhmacher vs. North Dakota Hospital Association”, *North Dakota Law Review*, Grand Fork, vol. 72, núm. 2, 1996, pp. 411-431.

dios de los tribunales, de las acciones positivas y de los acuerdos de conciliación, y limitar el periodo de impugnación de los *Consent Decree*.

En 1995, la Sentencia *Adarand Constructors, Inc. vs. Pena*, ratificó el modelo estricto de revisión como el adecuado para los planes de acción positiva sea cual sea la administración pública que los adopte. En cuanto a los planes de acción positiva voluntarios implantados en el sector privado, en un principio este pronunciamiento no les afecta.

Como corolario, habría que decir que a pesar de los esfuerzos realizados hay una falta de regulación legal de la acción positiva, a diferencia de la dada a la discriminación indirecta, *Disparate Impact*, lo cual la convierte aun en una figura notablemente vulnerable.

III. LAS ACCIONES POSITIVAS

Hoy por hoy, y ante situaciones de intolerancia muy palpables como los descritos en la introducción, debemos tener un objetivo primordial que es reivindicar medios de protección para salvaguardar las garantías individuales; fomentar, en definitiva, políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos o vulnerables.²⁷

²⁷ Son también las llamadas minorías pero entendidas en el sentido amplio que nos indica Colette Guillaumin, "Por minoritarios entenderemos, no aquéllos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de 'menor poder', sea este poder económico, jurídico, político (...)". Guillaumin, Colette, "Femmes et théories de la société: Remarques sur les effets théoriques de la colères des opprimées" en Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, París, Coté-femmens, p. 219, citado por Osborne, Raquel, "Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad", *Papers. Revista de Sociología*, España, núm. 53, 1997, p. 66. Asimismo, véase Pérez Portilla, Karla, "Aproximaciones al concepto de 'minoría'", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coord.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 245-264; Díaz Muñoz, Eloisa, "El concepto de minoría. Su conexión con la alteración de la estructura de poder estatal", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, julio-diciembre, núm. 5, 1995, pp. 241-251, en esta misma revista véase Prieto Sanchis, Luis, "Igualdad y minorías", pp. 111-128; y también consúltese a Velasco Arroyo, Juan Carlos, "Derechos de las minorías en una sociedad democrática multicultural (un esbozo provisional)" en la misma revista, pp. 361-381; González Galván, Jorge Alberto; Hernández, María del Pilar y Sánchez-Castañeda, Alfredo, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional III*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 225-243.

Una política de protección y preferencial,²⁸ bien ejecutada, no descarta por un lado, identificar a un grupo, y por otro lado, proteger y dar oportunidades a ese grupo ya amparado.²⁹

Se propone, en este momento, realizar un recorrido que transite de la igualdad de trato³⁰ a la prohibición de discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades y de esta, a políticas de *Affirmative Action*, es decir acciones positivas³¹ en las que se iguale las condiciones del punto de partida.³²

Tenemos entonces que:

1. Un trato igualitario, a través del principio de igualdad,³³ resulta insuficiente porque no todas las personas han tenido las mismas posi-

²⁸ Véanse las diversas opiniones mantenidas, en este sentido, en Blackstone, William T., y Robert Heslep, (eds), *Social Justice and Preferential Treatment*, Athens, University of Georgia Press, 1977; así como Goldman, Alan H, *Affirmative Action in Equality and Preferential Treatment*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1977.

²⁹ Tenemos posturas contrarias a la expuesta como son los argumentos de los comunitaristas, representados en la persona de Charles Taylor. Para Taylor, comprender los dilemas que implica el multiculturalismo supone reconocer la cuestión de la identidad y los problemas de reconocimiento. Véase, Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés Bertrán, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997, pp. 242 y 243. Es más, Taylor, nos destaca que “es necesaria una acción correctora a través de la igualación (...) el principio de la ciudadanía igualitaria que ha sido universalmente aceptado”, en la misma obra, p. 304; en este sentido, decimos, ¿por qué no pudiera ser esa acción correctora la acción positiva? Según Taylor, no podría ser porque sería diferenciar y “la política de la diferencia está llena de denuncias de discriminación y de denegaciones de la ciudadanía de segunda clase” misma obra misma página. Incluso, “la crítica de Taylor a la *Affirmative Action* radica principalmente en que se mantiene un ‘igualitarismo ciego’ a la diferencia, lo que supone, desde esta perspectiva, no identificar y resolver el primer punto de conflicto en las sociedades multiculturales”, Le Clerq, Juan Antonio, “¿Es más justa una sociedad multicultural a través de la discriminación inversa?”, *Revista del Senado de la República*, vol. 2, núm. 5, octubre-diciembre, 1996, p. 93.

³⁰ Véase, Vogel-Polsky, Eliane, “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 104, núm. 2, abril-junio, 1985, p. 235.

³¹ Acciones positivas que en muchas ocasiones resultan insuficientes como medidas de discriminación positiva pero son punto de partida en el diseño de políticas de igualdad.

³² González Martín, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas” en *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 383-401.

³³ España dispone de una extensa bibliohemerografía general sobre el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido aconsejamos la lectura de Alonso García, E.,

bilidades de recibir educación, capacitación laboral, etcétera y estamos ante una desigualdad, como decimos, del punto de partida.

2. Una prohibición de discriminación,³⁴ muy diferente del principio de igualdad, como garantía constitucional, que no tiene, realmente, signi-

“El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 179-195; López Rodó, L., “El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en la misma revista, pp. 331-347; Rabossi, E., “Derechos humanos: el principio de la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 9-36; Ollero Tassara, A., “Relevancia constitucional de la igualdad” en VV.AA. *Funciones y fines del derecho*, Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 12, pp. 543-553; Terol Becerra, Ma. J., “Acerca del principio de igualdad”, *Temas Laborales*, núm. 29, 1993, pp. 79-97; Suay Rincón, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985; VV.AA., *El principio de igualdad en la Constitución española. XI. Jornadas de estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vol. I y II, 1991; Rodríguez Piñero, M., Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; Fernández López, Ma. F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional” en Aparicio, J. y Baylos, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 5-155; Fernández López, Ma. F., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en Alarcón Caracuel, M. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo; 1981-1991, Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial, 1992a., pp. 161-248; Fernández López, Ma. F., “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *Relaciones Laborales*, núms. 3-4, 1993, pp. 8-35; Jiménez Campo, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114; Serrano González, A., *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC*, Zaragoza, IFC, 1985; Suárez González, F., “El principio de igualdad en la Constitución”, VV.AA., *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid, IELSS, 1985, pp. 219-230; Cano Mata, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Derecho Privado, 1983; Lucas Verdú, P., “El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina”, *Revista Política Comparada*, núm. 7, 1981, pp. 27-48; Barrère Unzueta, M. A., *Discriminación, derecho anti-discriminatorio y acción positiva a favor de mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 19 y ss; Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, 138 pp.

³⁴ “Las reglas de no discriminación no son suficientes para salvaguardar los derechos del hombre y son completadas posteriormente con derechos especiales y normas de tratamiento preferencial, aplicados tanto a los miembros de grupos individualmente considerados, como a las propias colectividades. La ‘internacionalización’ de los derechos del hombre se vuelve más controvertido a partir del momento en que se exige a los Estados la concretización de medidas de ‘discriminación positiva’ y no sólo una simple obligación de *non facere* resultante del individualismo liberal”, Morais Pires, Maria José, “A

- ficado si además de constituir un principio, no formula una obligación, por parte del Estado o incluso del sector privado, de actuar, de proteger, promover y compensar a los grupos vulnerables por aquellas discriminaciones “históricas”³⁵ y a veces “no tan históricas”.
3. Una igualdad de oportunidades, que hay que construir diferenciadamente, que nivele igualdad como medida de justicia social con un beneficio común.³⁶
 4. Y por último y ante el aumento de discriminaciones, debemos reclamar acciones positivas que traten de paliar las desigualdades de hecho y de derecho, con un doble objetivo:
 - a. Encontrar niveles de igualdad plenos para un sector de la sociedad discriminada históricamente (con un factor de temporalidad),
 - b. Igualdad sustancial,³⁷ material o de hecho en los resultados, no sólo una mera igualdad formal.³⁸

‘discriminação positiva’ no direito internacional e europeu dos direitos do homen”, *Documentação e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, marzo, 1996, p. 16.

³⁵ Se razona así discriminaciones que surgieron y que han perdurado en el tiempo como es el caso de los negros, esclavizados y estigmatizados, asimismo el caso de las mujeres.

³⁶ Véase el contenido de la Recomendación 84/635/CEE, del 13 de diciembre de 1984; Directiva 2000/43/CE, del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE del 19 de julio de 2000); Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE del 2 de diciembre de 2000), entre otras.

³⁷ La igualdad sustancial, como principio, afecta a la distribución de bienes, servicios, cargas y poder en la sociedad y exige la transformación de la estructura productiva, económica y social de un Estado para hacer frente, de esta forma, a todas las situaciones de desigualdad y a las causas que la provocan. Es el compromiso de los poderes públicos de construir, aunque sea de una forma gradual, una sociedad diversa a la actual. Rodríguez Piñero, Miguel, *op. cit.*, nota 33, pp. 404 y ss. Son derechos a la compensación de las desigualdades. Véase Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.

³⁸ Igualdad formal como un derecho fundamental que tiene todo ciudadano a obtener un trato igual y que vincula directamente a los poderes públicos sin que sea necesario que exista desarrollo legislativo para solicitar su plena aplicación. Son derechos a la diferencia. Para estudiar la diferencia dentro de la igualdad formal entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley, véase Gimenez Gluck, David, *op. cit.*, nota 33, pp. 23-32; Santamaria Ibeas, J. J., “El principio de igualdad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, año II, núm. 5, julio-diciembre, 1995, pp. 329-359.

Este último punto se traduce en la idea de ir más allá de una simple obligación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación) sino en establecer un principio de igualdad de oportunidades con una doble vertiente: *vertiente subjetiva* con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas;³⁹ y una *vertiente objetiva* con acciones positivas encaminadas hacia la consecución de la igualdad real.

Ma. Angeles Barrère Unzueta nos explica que:

(...) los dogmas, a veces, siguen funcionando como mitos. Viene esto en relación a que, aunque es frecuente que las normas jerárquicamente más altas e importantes de los ordenamientos jurídicos modernos (sean Constituciones o Declaraciones de derechos) incluyan la prohibición de la discriminación, esto no significa que los ordenamientos en cuestión anulen con ello, en una especie de operación performativa, su condición de instancia discriminatoria y, mucho menos que adquieran una especie de bula o inmunización respecto a posibles normas discriminatorias futuras.⁴⁰

Es más, nos continúa diciendo que:

(...) la inclusión y el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio no actúa a modo de alquimia que transforme “coherentemente” todo el derecho positivo en antidiscriminatorio o, simplemente, en no discriminatorio (...) el derecho positivo no sólo constituye una instancia discriminadora sino que en la medida en que no reconozca y actúe contra discriminaciones sociales, se convierte en una instancia reproductora o consolidadora de discriminación (...) el derecho puede discriminar por comisión y por omisión.⁴¹

Así, la doctrina más importante en este terreno, reitera, sencillamente, que cualquier carta magna que se precie no debe permanecer anclada en el principio de no discriminación sino que debe seguir avanzando en esa

³⁹ Se entiende por discriminación directa: cuando una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su sexo, raza, etcétera, o por motivos inseparablemente unidos al sexo, la raza, etcétera.

Discriminación indirecta (*Disparate Impact*, tal y como se contempla en la legislación norteamericana). Cuando se usa un criterio no definitivo que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión; por ejemplo, diferencia de salarios en trabajos tiempo completo y parcial siempre y cuando éste último siempre esté constituido por mujeres.

La intención califica a la discriminación directa, el resultado califica a la indirecta. Véase Añón, María José, *op. cit.*, nota 37, pp. 29-31.

⁴⁰ Barrère Unzueta, Ma. Angeles, *op. cit.*, nota 33, p. 34.

⁴¹ *Idem*.

misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias;⁴² programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas para el acceso a la educación, etcétera.

Por otro lado, y siempre tratando de sustentar y fundamentar las políticas de *Affirmative Action*, tenemos que insistir en la idea de que una sociedad justa necesita reconocer y acomodar las diferencias sexuales, raciales, etcétera, en orden a neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades para la consecución de los logros personales;⁴³ la cuestión será la de identificar qué diferencias han de ser jurídicamente relevantes para constituir una discriminación,⁴⁴ teniendo extremo cuidado en el “poder” y “discrecionalidad” que se les da a los jueces encargados de interpretar la llamada cláusula constitucional de igualdad.⁴⁵

Hasta ahora, el tema se ha tratado como una igualdad formal o jurídica según la cual las diferencias deben ser reconocidas, para ser respetadas y garantizadas. Son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes a las demás, no es cuestión de estigmatizar y/o victimizar.

No se necesitan ni buenas palabras, ni buenas intenciones, sino “instar a las autoridades competentes que determinen una buena y efectiva legislación para proporcionar verdaderas medidas de protección, medidas positivas, acciones positivas”,⁴⁶ que tengan una aptitud activa, no mera-

⁴² El derecho comparado, en especial la situación de los Estados Unidos de América con respecto a su Ley de Derecho Civiles de 1964, nos da muestra de que un sistema de sanciones, coactivas, punitivas no dio resultados a la hora de acabar con actos discriminatorios, sin embargo, incentivos fiscales o incentivos en forma de contratos, realmente lucrativos, con la Administración Pública sí fue reacción para “motivar” a las empresas, v. gr., a contratar a individuos de los grupos minoritarios.

⁴³ Véase Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES, Colección Estudios, 1994, p. 24.

⁴⁴ Véase, Kay, H. H., *Sex-based Discrimination. Test Cases and Materials*, 3a. ed., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1988, p. 56, citado por Sáez Lara, *op. cit.*, nota 43, p. 24.

⁴⁵ Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento”, en Carbonell, Miguel (coord.), *La reforma constitucional en materia indígena: un comentario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, (en prensa).

⁴⁶ Véase Ballestrero, Maria Vittoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, España, *Doxa*, núm., 19, 1996, pp. 96 y ss. Recomendación 84/635/CEE.

mente enunciativa ni de observación, que no se incurra en lo que Luigi Ferrajoli denomina *falacia garantista*, que consistiría en creer que bastan las buenas razones del derecho y las buenas técnicas jurídicas de protección para poner los derechos a salvo.⁴⁷

A través de la *tutela antidiscriminatoria*,⁴⁸ los Estados adoptan acciones positivas dirigidas a la erradicación de las discriminaciones, desde dos vertientes fundamentales:

1. Actuaciones encaminadas a identificar discriminaciones directas e indirectas; labor realizada por los jueces que se plasma en sus sentencias, en sus precedentes jurisprudenciales.
2. Actuaciones dirigidas a eliminar la discriminación socio-estructural aumentando la presencia de grupos discriminados; labor realizada por los poderes normativos, la Administración.⁴⁹

La tutela antidiscriminatoria⁵⁰ y las acciones positivas son una forma de diferenciación para la igualdad,⁵¹ bien realizadas a través de los objetivos —*goals*— o cuotas:⁵²

1. Los objetivos, por un lado, marcarían un programa de acción positiva no cuantificada.
2. Las cuotas, por otro lado, establecen una reserva de un mínimo garantizado de plazas, lograda por varios procedimientos.

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 4.

⁴⁸ Destacamos que la tutela antidiscriminatoria o “la expresión ‘Derecho antidiscriminatorio’ (traducción de la inglesa *Anti-discrimination Law*) todavía no resulta excesivamente familiar (al menos para la comunidad jurídica hispanohablante) (...) Prescindiendo ahora de antecedentes decimonónicos, lo que hoy se entiende por derecho antidiscriminatorio contemporáneo o moderno se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de color o más exactamente, negras”, Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, p. 35.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁰ Para más información al respecto, véase Rodríguez Piñero, Miguel y Ma. Fernández López, *Igualdad y discriminación ... op. cit.*, nota 33, p. 81.

⁵¹ Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad” en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, pp. 77-93, esp. p. 79, citada por Osborne, Raquel, *op. cit.*, nota 27, p. 68.

⁵² Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1991, p. 45. “En el contexto de la *Affirmative Action*, muchos creen que los objetivos son buenos, pero las cuotas son malas”.

No obstante, hay que decir que la verdadera *acción positiva* se hace con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva.⁵³

Ante igualdad de calificación, las acciones positivas optan por el representante del grupo protegido pero el nivel de desempeño debe seguir siendo su elemento crucial de selección.⁵⁴ Es un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos.⁵⁵

No perdamos de vista la justificación de las políticas de compensación, por ello insistimos en que nada en las medidas de acción positiva propugna el cambio de posición o de poder. No se trata de cambiar la discriminación en la figura de otros individuos, no se trata de que sean otros los discriminados, sino que la consecución o logro de las metas de las acciones positivas desactiven la discriminación, su aplicación. Se trata de “ceder” por el bien de la comunidad, por el beneficio común. Una solución buena para todos implica que pueda ser más justa para unos que para otros.

1. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación constituye un principio general, básico y fundamental regulado a nivel internacional, nacional y autonómico o estatal, según la configuración jurídica del Estado. Un principio toral en el que destacamos como papel primordial aquellos avances relativos a la protección internacional de los derechos humanos.⁵⁶

Así, en el ámbito regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) en su Preámbulo parte de la premisa que “todos los hombres nacen libres e iguales

⁵³ Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, p. 81, citado por Osborne, Raquel, *op. cit.*, nota 27, pp. 68 y 69; Rodríguez, Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas” en Facio, Alda y Fries Lorena (edits), *Género y Derecho*, Madrid, Lom Ediciones, pp. 255 y ss. Véase, asimismo, Ballestrero, Maria Vittoria, *op. cit.*, nota 46, p. 92.

⁵⁴ Lamas, Marta, *La perspectiva de género: una herramienta para construir equidad entre mujeres y hombres*, México, DIF, 1998, p. 130.

⁵⁵ Barbera, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto del lavoro*, Milán, Giuffrè, 1991.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 8, no discriminación, párrafo 1.

en dignidad y derechos”⁵⁷, de igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado en la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA).

Por su parte, en el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante Declaración Universal) también estipula el mismo presupuesto al decir que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En el contexto de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de respeto universal de los derechos humanos está indisolublemente asociado al principio de no discriminación.

La normativa internacional, como mencionamos, sin lugar a dudas cumple una misión de gran relevancia al subrayar constantemente la obligatoriedad de cumplir con el compromiso creado por el Estado al concluir y firmar un determinado convenio internacional, ya sea de ámbito universal o regional, y al exigir que estas disposiciones sean parte del derecho interno, del derecho estatal.

En este sentido queremos destacar el contexto mexicano en éste ámbito a raíz de la reforma constitucional de 2001, la cual dio un giro —no todo lo intenso o profundo que hubiéramos deseado— al principio de igualdad y no discriminación. Una reforma que lejos de cerrar el debate en la materia, lo deja abierto dadas las cuestiones pendientes de solventar.

⁵⁷ Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10 (1989), párrafos 35-45; Comisión Interamericana Derechos Humanos, James Ferry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos de América, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, informe anual 1986-1987, párrafos 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América, Informe núm. 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001. Véase también el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 20, citado por Dulitzky, Ariel E., “Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos” (en prensa).

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001, denominada reforma indígena, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., se adicionan un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115; pretende actualizar e incluso superar una serie de cuestiones de gran relevancia para el país y de gran controversia y discusión.⁵⁸

El artículo 1o., párrafo tercero, constitucional expresa lo siguiente:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Asimismo, la derogación del párrafo primero del artículo 4o. constitucional⁵⁹ implica que el mencionado artículo, tras esta reforma, comience

⁵⁸ En cuanto al debate suscitado, véase Cossío, José Ramón, “La reforma constitucional en materia indígena”, *Documento de Trabajo*, número 21, Departamento Académico de Derecho, México, ITAM, 10 de septiembre de 2001.

En torno al tema de las minorías, véase en Luigi Ferrajoli, una distinción de gran controversia entre derechos sociales y derechos de las minorías:

-Dentro del Estado social de derecho todavía no se ha desarrollado una estructura garantista que permita vigilar y corregir las violaciones de los *derechos sociales*. Esta cuestión, suscita un debate de mucha actualidad como es la revaloración de las diversas identidades nacionales y su convivencia dentro de una unidad estatal.

-Derecho de las minorías: debe darse un estatuto jurídico diferenciado para ciertas identidades nacionales o minorías y quizá sea la única forma de garantizar la convivencia futura de varios Estados aparentemente consolidados.

Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 4.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha esperado demasiado para pronunciarse acerca de cuestiones pendientes de la “reforma indígena”; véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 173/2002, 10 de julio de 1002, unanimidad de votos, ponente Lucila Castelán Rueda, secretario: Rafael Andrade Bufanda. Los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio, ni favoritismo alguno.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también se ha manifestado en torno a las cuestiones que incumbe al artículo 2o. constitucional reformado.

⁵⁹ Como comentario decir que este artículo 4o. tuvo su última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2o.

diciendo “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Se instaura como un nuevo concepto para la carta magna mexicana de 1917, por un lado, un principio de prohibición de discriminación y por otro lado, se conserva un principio de igualdad. El primero de ellos nos revela una situación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación), el segundo nos indica una situación eminentemente pasiva (proclamación, simplemente, de igualdad de trato)⁶⁰ ¿No habrá otra opción como bien pudiera ser una actitud activa que implique potenciar niveles de igualdad? Este es el punto al que queremos llegar, a través de un discurso lo más fundamentado posible y lo menos controvertido también, acerca de las políticas de *Affirmative Action*⁶¹ o acciones positivas.

2. Reforma constitucional mexicana en la legislación

Los dos artículos reformados en comentario (artículo 1o., párrafo tercero y artículo 4o., párrafo primero), en un caso una adición y en el otro una derogación, pretenden, sin lugar a dudas, actualizar, acomodar y sobre todo prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación que se ejerza contra cualquier persona; ello constituye, definitivamente, un avance pero aún podemos y debemos exigir mejoras en esa búsqueda hacia la igualdad sustancial, material o de hecho, no sólo igualdad formal,⁶² a tra-

⁶⁰ González Martín, Nuria, “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 89-109.

⁶¹ El origen de la *Affirmative Action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión, hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. “Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos”, Turner, R., *The Past and Present of Affirmative Action*, Nueva York, Quorum Books, 1991, pp. 1 y ss., citado por Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 33 y 34.

⁶² González Martín, Nuria, “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: especial referencia a la situación jurídica de la mujer”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre, 2001, pp. 791 y ss.; Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 24; Gude Fernández, Ana, “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, *Parlamento y Constitución*, Anuario, año 2001, núm. 5.

vés del desarrollo de la prohibición de discriminación, establecida en la Constitución, en la legislación secundaria promoviendo una ley y reglamento de prevención y eliminación de discriminaciones.

La prohibición de discriminación del artículo 1o., párrafo tercero, se expresa para un número elevado de causas discriminatorias por antonomasia, comenzando por las ya tradicionales como el origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad (capacidades diferentes), religión y opiniones, y otras no tan tradicionales como condición social o económica, las condiciones de salud, las preferencias (entendemos que las sexuales), el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos fundamentales y la igualdad de las personas, tanto de hecho como de derecho.

En el último inciso, el legislador deja abierta la relación y así bien se podría incluir, en su momento, cualquier otro tipo de discriminación que hubiera quedado en el olvido o simplemente, cualquier otro tipo de discriminación que se genere “repentinamente”.⁶³

Hoy por hoy, y ante situaciones de intolerancia muy palpables, debemos tener un objetivo primordial que es reivindicar medios de protección para salvaguardar las garantías individuales; fomentar, en definitiva, políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos o vulnerables.

Así tenemos, tal y como declarábamos, que la carta magna mexicana no debe permanecer anclada en el reciente principio de no discriminación sino seguir avanzando en esa misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias: programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales⁶⁴ para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas⁶⁵ para el acceso a la educación, etcétera.

México, en esa vía como decimos, ha expedido la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD)⁶⁶ publicada en el *Diario Oficial*

⁶³ Tal y como hacíamos referencia a un tema novedoso como las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, “Igualdad y discriminación genética”, en Muñoz Medrano de Alba, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 139-151.

⁶⁴ Artículo 2o., apartado B, inciso VII.

⁶⁵ *Ibidem*, inciso II.

⁶⁶ González Martín, Nuria, “Principio de igualdad y no discriminación: referencia al marco constitucional mexicano y a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, *Memorias del primer foro internacional sobre la no discriminación. Los desa-*

de la Federación del 11 de junio de 2003, una ley que ha nacido con la firme vocación de ser un instrumento de lucha contra la discriminación, en todas sus modalidades, en México; una ley que nace con las mejores intenciones y que quizás no terminará con todas las expresiones discriminatorias pero sí suministrará un instrumento más para ponerlas de relieve, prevenirlas y evitarlas. La LD se dicta en desarrollo del párrafo tercero, artículo 1o. constitucional y no es una ley más, es una ley innovadora no sólo desde el punto de vista de la técnica sino de la política legislativa,⁶⁷ una ley que permita influir en la sociedad con acciones concretas con el objeto de eliminar las formas de exclusión y por ende, implementar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas.

Es una ley que crea un nuevo organismo descentralizado sectorizado por la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios, hablamos del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el cual en el desarrollo de sus atribuciones goza de autonomía técnica y de gestión; con facultades de orientación e información y que además, puede dictar resoluciones que en términos de la propia ley se formulen en los procedimientos de reclamación (contra servidores públicos) o de queja (contra particulares), ambos sustanciados mediante la conciliación.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis capítulos, los cuales sin lugar a dudas serán una importante herramienta de transformación social.

En referencia a aquellos aspectos más sobresalientes o novedosos de la nueva ley, podemos comenzar por destacar que la LD en la idea de contribuir al mantelamiento de una igualdad sustancial, no sólo formal, en el ámbito legislativo, incluye una cláusula material de igualdad, inspirada en los ordenamientos jurídicos español e italiano; así su artículo 2o. expresa que:

fios económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes antidiscriminación en Latinoamérica, organizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y el Banco Interamericano de Desarrollo, 2004, (en prensa).

⁶⁷ Acerca de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, véase Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", pp. 181-220, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 181-220; Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos*, México, Porrúa, 2004, pp. 57-71.

Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Tal y como ha quedado redactado el párrafo tercero, del artículo 1o. constitucional, se entiende que la discriminación prohibida es aquella que atenta contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas, luego entonces sólo en los casos mencionados anteriormente puede entenderse una práctica como discriminatoria, cuya elección de criterios le corresponde al legislador, el cual identificará los hechos basados en juicios de razonabilidad, en los cuales debe analizarse la adecuación del criterio elegido al fin perseguido en la norma y por todo ello, la búsqueda de la igualdad sustancial por la vía legislativa, no representaría una actuación inconstitucional.⁶⁸

Por otro lado, también destacamos en la LD el concepto de discriminación, expresado en el artículo 4o. de la LD que a la letra dice:

Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

El concepto que se introduce en la LD, incluye la numeración establecida en el párrafo tercero, artículo 1o. constitucional, en el que se aclara la referencia sexual con respecto a las “preferencias” citadas en el texto constitucional, en el que se habla de discapacidad y no de capacidades

⁶⁸ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 194 y ss.; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad...*, *op. cit.*, nota 15, p. 196.

diferentes, e incluso va más allá, tomando como causas discriminatorias la xenofobia y el antisemitismo; además deja, igualmente, abierta la posibilidad de incluir cualquier otro tipo de discriminación que se pueda dar en el futuro, tal y como expresamos en los comentarios relativos al precepto constitucional; asimismo, refuerza el reconocimiento del ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

La última parte del artículo 1o., párrafo tercero, constitucional en el que se hace referencia a que son también discriminatorias otras causas que puedan atentar contra la dignidad humana siempre que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas no lo vemos incluido en el artículo 4o. de la LD sino, de manera invertida, en el artículo 5o. de la LD en su inciso VII, último, como corolario de que *a sensu contrario*, se enumera como aquellas conductas no discriminatorias las que “no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana”.

Tras la definición de discriminación, creemos que se debió agregar el concepto de los diferentes “tipos” de discriminación, como la discriminación directa e indirecta; no se debe dejar sin conceptualizar discriminaciones no sólo como la directa e indirecta, sino discriminación inversa o simplemente qué es una acción positiva o programa de acción positiva.

A continuación la LD en su artículo 5o. precisa, como comentamos con anterioridad, una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional, estas son, a saber:

- I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades;
- II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;
- III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general;
- IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad;
- V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;

VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;

VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y

VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

La idea en la que se basa una incorporación de este tipo es que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de distinciones no razonables y ese es el listado que le pareció adecuado introducir al legislador en el que se incluyó un último inciso en el que se reitera la prescripción establecido en el texto constitucional en referencia a la “dignidad humana” tal y como expresamos anteriormente.

La LD al referirse a la edad por grados escolares, debería mantener una atención especial ya que ésta pudiera ser, precisamente, un atentado más a favor de la discriminación.

Otro aspecto destacable y que en las páginas anteriores ya se hizo mención igualmente es el establecido en el artículo 6o. de la LD, en referencia a la interpretación debida de la LD con respecto a aquellos instrumentos internacionales que son parte del derecho interno mexicano y que tienen conexión directa con el principio de igualdad y no discriminación; así el intérprete al darle sentido a las disposiciones de la LD lo debe de realizar atendiendo a los instrumentos internacionales.⁶⁹

⁶⁹ Así la LD consagra mandatos establecidos directamente de una serie de instrumentos internacionales entre los que destacamos, con respecto a las cláusulas de no discriminación, el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Asimismo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, contiene también una cláusula de no discriminación, cuyo texto es el siguiente “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos

Así, el artículo 6o. LD expresa:

La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Aquí nos asalta una duda o cuestionamiento en cuanto a la referencia que realiza el propio artículo 6o. LD de tomar en cuenta también las “recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales”, que se hayan expedido con fundamento en esos tratados; la idea es de máxima importancia al reforzar la obligatoriedad de su cumplimiento pero el cuestionamiento, por otra parte, es si es viable esta práctica cuando tenemos presente el desconocimiento por parte de los aplicadores del derecho, de los propios tratados internacionales firmados y ratificados por México, cuanto más de las innumerables recomendaciones y resoluciones que pueda emitir, por ejemplo, los diferentes Comités de la ONU.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, establece “1. Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Otros instrumentos que pudiéramos citar que de manera particular se expresan en relación a la discriminación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre del 1979, instrumento internacional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de enero de 1981; el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 1963; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, firmada en Nueva York, el 7 de marzo de 1966, *Diario Oficial de la Federación*, del 13 de junio de 1975, con una última modificación en el *Diario Oficial de la Federación*, del 2 de enero de 1997; Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981; Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991 y entre otros la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 2o.

En materia de interpretación jurídica, el artículo 7o. de la LD incluye una cláusula *pro homine* y así en caso de que hubiera varias posibles interpretaciones del texto de la Ley, se obliga al intérprete preferir la que proteja con mayor eficacia a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, cuestión que sin lugar a duda destaca como novedad en materia de interpretación jurídica. Así el artículo 7o. de la LD señala que “Para los efectos del artículo anterior, cuanto se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”.

Otro aspecto que nos parece de interés destacar es el capítulo II de la LD denominado “Medidas para prevenir la discriminación” con un solo artículo en el que se realiza una numeración de las conductas que se consideran discriminatorias, se establecen prohibiciones expresas para intentar combatir las formas más destructivas de exclusión, al contrario de lo que se proclamaba en el artículo 5o. de la LD. Así el artículo 9o. de la LD expresa:

Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;

II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;

III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;

IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;

VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;

VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;

VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;

X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;

XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de intérpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;

XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4o. de esta ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;

XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que estas no atenten contra el orden público;

XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;

XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;

XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;

XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;

XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;

XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y

XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4o. de esta Ley.

Nada se dice en cuanto a la procedencia de estas conductas discriminatorias, si proviene de las autoridades, órganos públicos o particulares, se omite la puntualización, cuestión que consideramos necesario rectificar.

Quizá sería conveniente, en este momento, detenernos precisamente en una cuestión muy actual ya que a través del artículo 36 constitucional se le otorga el derecho del voto al mexicano en el extranjero, y que según el legislativo para acceder al derecho al voto por correo, todos los ciudadanos mexicanos que residan en el extranjero podrán ejercer su derecho al sufragio siempre y cuando porten la credencial de elector. Una cuestión pendiente de resolver es aquella en la que dichos ciudadanos no posean la misma por razones diversas y que no puedan obtenerla por no poderse trasladar a México en el periodo requerido, ¿será éste un acto discriminatorio?⁷⁰

Por otro lado, en el artículo 9o. de la LD destacamos que varias de las fracciones de dicho artículo se aplican a las relaciones entre particulares, v. gr. fracción X, cuestión que nos parece de interés al no ser contemplado dicho supuesto entre las competencias establecidas, por ejemplo, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como vía de reclamación de injusticias.

⁷⁰ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, *Diario Oficial de la Federación* de 30 de junio de 2005.

Por último, en relación al artículo comentado, las fracciones XV y XVIII protege que determinadas manifestaciones, que pudieran encubrirse en honor a la libertad de expresión, sean determinantes para encuadrarlas como conducta discriminatoria con base en el artículo 6o. constitucional que establece como uno de los límites de la libertad de expresión, los “derechos de terceros”. El resto de las fracciones poseen un lenguaje amplio de tal manera que tenga lugar la mencionada interpretación (artículos 6o. y 7o. de la LD) y así darse una actividad hermenéutica importante en pro de la tutela antidiscriminatoria.

En ese sentido, en pro de la tutela antidiscriminatoria, se conecta el capítulo III, titulado “Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades” (artículos 10-14 de la LD), que quizás otorga cierta discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental decidiendo el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados, *v. gr.* artículo 12 de la LD. En dicho artículo 12, en cuanto al derecho a prestaciones, se pretende garantizar a las personas mayores de 60 años, en la fracción I, el acceso a los servicios de atención médica y de seguridad social de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad en la materia. La cuestión real es que la mayoría de estas personas que no tienen acceso a los servicios de salud no tienen garantizado este derecho porque no se encuentran asegurados y precisamente en estas personas es en donde debemos concentrar nuestra atención, lo cual no se logra remitiendo a la normatividad de la materia. No olvidemos que estamos en un país que además de tener a este colectivo pendiente de la buena voluntad de los legisladores, también tenemos a otros colectivos, quizá no mayores de 60 años, que están desempleados o que pertenecen a ese grupo de trabajo “informal” y que tampoco accede a dichas prestaciones.

En el artículo 20 de la LD queda establecido, por otra parte, que en el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el mencionado capítulo III de la LD.⁷¹

Otra cuestión importante de abordar, tal y como anunciamos al comienzo de este epígrafe y como novedad en la LD es la función del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), su integración, los

⁷¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, nota 68, pp. 206 y ss.

órganos que lo componen, sus respectivas competencias (capítulo IV, artículos 14-16 de la LD)⁷²

El Consejo tal y como ha sido concebido en la LD, no cuenta con facultades paralelas a las autoridades creadas por el orden jurídico nacional vigente sino como coadyuvante para lograr el establecimiento y mantenimiento del orden jurídico en materia discriminatoria. El ordenamiento jurídico nacional y la practica administrativa requerían de una ley específica y de un órgano encargado de articular la lucha del Estado mexicano contra la discriminación.

Paralelamente, muchas de las disposiciones que integran la LD se encuentran vinculadas a diversas leyes federales, también reglamentarias de disposiciones constitucionales, que son el marco normativo de diversas conductas discriminatorias con la hipotética duplicidad de los mandatos dispuestos en dichas legislaciones,⁷³ que realmente, reiteramos, enlaza o coadyuva con el único objetivo de prevenir y eliminar la discriminación con una “técnica” diferente que no es la coacción o sanción tradicional, tal y como revisten las diferentes leyes federales, sino como mecanismo modelo de sanción positiva. El Conapred cumplirá, en este sentido, un papel importantísimo al coordinarse, necesariamente, con otras instancias gubernamentales, como son fundamentalmente la CNDH,⁷⁴ Secretarías de Esta-

⁷² Para una revisión del Consejo Nacional más extensa, véase Carbonell, Miguel, *Constitutionalismo y democracia...*, *op. cit.*, nota 67, pp. 59-66.

⁷³ Legislación penal federal: Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores, Ley Federal de Defensoría Pública, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Legislación laboral: Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para los Trabajadores al Servicio del Estado: Seguridad social: Ley del Seguro Social y Ley del ISSSTE; entre otras.

⁷⁴ No hay que omitir que hay un sector doctrinal, y así lo expresa Raymundo Gil Rendón, que establece que si la LD pretende ser reglamentaria del artículo 1o. constitucional, en virtud de que el Congreso de la Unión no cuenta con facultades expresas (artículo 73 constitucional) ni tampoco facultades implícitas (artículo 73, fracción XXX, constitucional) careciendo de atribuciones y competencia constitucional para legislar en materia federal en contra de las discriminaciones y pudiera así tener un vicio de inconstitucionalidad. Jurídicamente, el Congreso de la Unión tiene el mandato constitucional para establecer el organismo federal de protección de los derechos humanos e incluso en la propia Constitución se estableció el nombre del mismo en el artículo 102-B, párrafo 4, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Por otro lado, las legislaturas de las entidades federativas, por su lado, tienen también la obligación constitucional de establecer (legislar) las comisiones de las entidades federativas por lo que ni el Congreso de la Unión ni las legislaturas de las entidades federativas tienen facultades para establecer otros organismos que protejan los derechos humanos; a nivel internacional tampoco se le

do y administración pública descentralizada, en una tarea común que es eliminar la discriminación.

Por lo que respecta a los procedimientos éstos están ampliamente regulados en la LD. Por un lado destacamos que la LD en su artículo 43 contempla la posibilidad de iniciar un procedimiento tanto a nivel individual como colectivo a través de un representante con un plazo para interponer denuncia de un año desde que el sujeto tenga conocimiento del acto presuntamente discriminatorio o de dos años si no se diera tal circunstancia (artículo 44 de la LD); el problema lo encontramos en determinar cuándo el sujeto adquirió ese conocimiento del acto discriminatorio y así computar los plazos establecidos.

La LD establece, además, que será supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Las cuestiones formales quedan establecidas en la LD y así establece que las denuncias no están sujetas a ningún tipo de formalidad, con excepción de los datos que permitan identificar al interesado; las denuncias podrán presentarse por escrito, de forma oral, por teléfono o por cualquier medio electrónico, incluido la internet (artículo 19 de la LD).

Por otro lado, la presentación de una queja o denuncia ante el Consejo no interrumpe la prescripción de las acciones judiciales o procedimientos administrativos que se pudieran derivar de los hechos denunciados (artículo 53 de la LD); así el Consejo deberá informar y asesorar al denunciante sobre éste hecho, instándolo a que promueva las correspondientes acciones antes de que prescriban; además, deberá tramitar con celeridad sus propios procedimientos para que una vez terminados, el denunciante tenga todavía la posibilidad de acudir ante otro órgano sin que haya prescrito su acción.⁷⁵

da legitimidad ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa que el Congreso de la Unión carece de facultades expresas o implícitas para legislar sobre la discriminación y expedir la ley comentada, es facultad de las entidades federativas (artículo 124 constitucional), además se crea un órgano con competencia y atribuciones que ya le corresponden originalmente al ombudsman nacional, en el se pretende salvar esta irregularidad mediante la intervención del Instituto cuando no haya admitido la queja la Comisión (artículo 63 de la LD), buscando salvar incluso de esta manera el problema de inconstitucionalidad de origen. Por otra parte, los logros son importantes: el respeto a los derechos humanos prohibiendo la discriminación pero falta la capacidad de sancionar (norma completa y coactiva). Gil Rendón, Raymundo, "Comentarios a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación", *La Barra*, México, núm. 42, enero-febrero 2004, pp. 38-40.

⁷⁵ Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y democracia...*, op. cit., nota 67, p. 67.

Asimismo, en cuanto al procedimiento se refiere, la LD establece una serie de impedimentos o restricciones al Consejo, estableciendo en su artículo 54 lo siguiente “El Consejo, por conducto de su presidente, de manera excepcional y previa consulta con la Junta de Gobierno, podrá excusarse de conocer de un determinado caso si éste puede afectar su autoridad moral o autonomía”; ésta es una disposición que normalmente se utiliza para evitar intereses ilegítimos o simplemente por evitar intereses partidistas.

Por otro lado, comentar que si una denuncia involucra tanto a autoridades como a particulares, se realizaran procedimientos distintos, así a las autoridades se les aplicará lo dispuesto en los artículos 58 a 79 y a los particulares lo dispuesto en los artículos 80 a 82 de la LD.

Para finalizar este apartado procedimental añadir, siguiendo a Carbo-nell, que en cuanto a la competencia del Consejo y la posibilidad de ser éste un obstáculo para el procedimiento de las funciones que tiene atribuidas por mandato constitucional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la LD señala con precisión que:

los particulares que consideren haber sido discriminados por actos de autoridades o de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas que acudan en queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y si ésta fuera admitida, el Consejo estará impedido para conocer de los mismos hechos que dieron fundamento a la queja.

Es decir, la CNDH tiene competencia preferente sobre el Consejo; y por otro lado si un particular acude al Consejo y no ve satisfecha su pretensión, puede acudir si lo desea a la CNDH, incluso en queja contra el propio Consejo.⁷⁶

⁷⁶ *Ibidem*, p. 68. En cuanto al problema del ámbito de competencia de las instituciones públicas en que debe ubicarse la responsabilidad del seguimiento e la prohibición de discriminación, debe considerarse que el Poder Judicial tiene atribuciones específicas para reparar la violación a garantías individuales mediante el juicio de amparo; que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos también tiene competencia para intervenir en esos casos en el marco de sus atribuciones limitadas y para efectos de formular recomendaciones, que las autoridades de procuración de justicia son a quienes corresponde actuar cuando la conculcación del derecho fundamental está considerado un delito en la legislación y que las autoridades judiciales de carácter civil tienen competencia para intervenir en las demandas que pretendan fincar responsabilidad por daño moral a quienes han incurrido en conductas ilícitas vinculadas con la violación de derechos fundamentales. La intervención del Poder Judicial de la Federación en el juicio de amparo y de la Comisión

Para finalizar estos breves comentarios al articulado de la LD, tenemos que referirnos a las medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación. Son medidas de sanción no en el sentido negativo, punitivo que tradicionalmente invoca el derecho, no sólo por no redundar en aspectos sancionadores que ya están contemplados en las diversas leyes que regula nuestro ordenamiento jurídico sino por darle el perfil positivo de premiar, *a sensu contrario*, a aquellos que sí cumplen con la prohibición de discriminar.

Por una parte, tenemos que a través de su artículo 83:

El Consejo dispondrá la adopción de las siguientes medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación:

I. La impartición, a las personas o a las instituciones que sean objeto de una resolución por disposición dictada por el Consejo, de cursos o seminarios que promuevan la igualdad de oportunidades;

II. La fijación de carteles en cualquier establecimiento de quienes incumplan alguna disposición de esta Ley, en los que se promueva la modificación de conductas discriminatorias;

III. La presencia del personal del Consejo para promover y verificar la adopción de medidas a favor de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación en cualquier establecimiento de quienes sean objeto de una resolución por disposición, por el tiempo que disponga el organismo;

IV. La publicación íntegra de la Resolución por Disposición emitida en el órgano de difusión del Consejo, y

V. La publicación o difusión de una síntesis de la Resolución por Disposición en los medios impresos o electrónicos de comunicación.

La imposición de estas medidas administrativas a los particulares, se sujetará a que éstos se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente.

Nacional de los Derechos Humanos a través del procedimiento de queja son medios reparadores; también de la misma naturaleza son las tareas a cargo de los órganos de procuración de justicia y de los tribunales civiles. Lo que se busca ahora es establecer un ámbito de competencia que forme una cultura nueva, que prevea situaciones de discriminación y, a través de su acción, que aliente un cambio en los comportamientos, sin dejar de considerar un catálogo de medidas administrativas que no cabe apreciar como sanciones en su acepción más extendida, sino más bien como acciones para desincentivar cualquier conducta de naturaleza discriminatoria. Rincón Gallardo, Gilberto (coord.), *Discriminación en México*, México, Conapred, 2003, p. 55.

Como anteriormente comentamos, también se promueven las sanciones positivas que tienen por objeto reconocer públicamente que una determinada institución, ya sea pública o privada, o un particular cumplen de manera extraordinariamente con las disposiciones establecidas en la LD. Son reconocimientos como los establecidos en el artículo 85 de la LD, otorgados por el Consejo y darán lugar a la obtención de algún tipo de beneficios fiscales no determinados por la ley.

La acción positiva o la acción afirmativa, según se desee traducir, son términos cada vez más frecuentes pero con definiciones y significados diferentes, incluso asimilándolos al término “discriminación positiva” cuestión totalmente errónea.

En la literatura jurídica, cada vez con más frecuencia, podemos encontrar definiciones de acciones positivas que no distan unas de otras significativamente.

En principio, podemos conceptualizar a las acciones positivas como tratamientos preferenciales temporales, en la contratación, promoción o despidos laborales, en la formación o prácticas laborales, en el acceso a una determinada universidad, en la implementación de una beca de estudios; procedimientos, todos ellos, que garantizan una preferencia a una persona entre un grupo de competidores.

Por su idoneidad en este momento, elegimos la definición que José Ignacio Casas nos proporciona sobre acciones positivas y en ella encontramos cada uno de los elementos esenciales que deben poseer medidas de esta índole, así nos conceptúa las acciones positivas como “El establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”,⁷⁷ es decir, un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.

En dicha definición tenemos:

Un elemento de *temporalidad*, dato fundamental que determina que pasado un lapso, no se invierta la discriminación en la persona de aquel grupo

⁷⁷ Véase Casa, José Ignacio, Guía didáctica, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), s.f., pp. A-2 y A-5. Aconsejamos la lectura, referente a los rasgos de las acciones positivas, de Gimenez Gluck, David, *op. cit.* nota 33, pp. 64 y ss.

no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (*Applicant Flow*, *Applicant Pool*) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas, la representación necesaria del grupo vulnerable.

Applicant Flow, demuestra que en el impacto de un mecanismo existe una significativa diferencia en las tasas de selección entre los miembros de una clase y los miembros de otra. La Comisión de Oportunidades de Igualdad en el Empleo norteamericana, establece que se produce impacto adverso, discriminación indirecta, con una tasa menor de 4/5. Por porcentajes, exámenes médicos, desigualdad en pagos, afirmaciones del empleador racistas o sexistas. El demandante siempre debe probar la discriminación.

Applicant Pool, prueba mediante un análisis si las personas de diferentes clases, poseen beneficios que difieren de otras clases. Se requiere identificar el área geográfica donde el empleador busca trabajadores. Véase *Griggs vs. Duke Power Co.* La carga de la prueba pesa sobre el demandado.

La autenticidad de la relación entre la acción positiva y la compensación por discriminaciones pasadas o sociales depende de la medida en que la raza, el origen étnico o el género en realidad sea un indicador del mal social que deba erradicar el programa de acción positiva y de la medida en que tener en cuenta la raza, el origen étnico o el género sea un método apropiado para combatir la discriminación.⁷⁸

Hay otro elemento de extremo interés que consiste en el *establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica* y no sólo a nivel teórico; con una clara visión y diferenciación entre la escala, digamos, ascendente de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades, y posteriormente, a las acciones eminentemente activas.

Hay acciones compensatorias que establecen tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad de oportunidades, de hecho y de derecho.

⁷⁸ Originalmente la acción positiva estaba destinada a los norteamericanos descendientes de africanos pero con el correr del tiempo también se destinó a abordar las desigualdades de otros grupos desfavorecidos, en su mayoría inmigrantes. Se planteó, entonces, si los inmigrantes que llegaron voluntariamente a los Estados Unidos debían ser protegidos del mismo modo que los descendientes de africanos que fueron sometidos a la esclavitud. *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, p. 95.

Un elemento, asimismo, de *educación*, de concientización⁷⁹ hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.

Y un último elemento, enlazado con el anterior, que consiste en la corrección de fenómenos anómalos, de fenómenos discriminatorios.

La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social. Además, no tiene una función exclusivamente resarcitoria de las víctimas actuales de la discriminación; tiene un objetivo claro de reequilibrio y redistribución de las oportunidades entre los géneros, entre las razas, entre las diferentes capacidades, etcétera, a través de un trato preferencial que implique el aumento de presencia de un grupo infrarrepresentado en una determinada posición profesional, siempre y cuando se da una igualdad de capacitación entre los candidatos.⁸⁰

⁷⁹ María José Añón los percibe como modalidades de acción positiva. Véase en Añón, María José, *op. cit.*, nota 37, pp. 53-59.

⁸⁰ Es interesante, visualizar ciertos aspectos que se ubican en el contexto europeo. “Para el Derecho Comunitario, el derecho de la Unión Europea, las acciones positivas son medidas tendentes a ‘promover’ la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero qué sea lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades, y cómo ésta puede ser ‘promovida’ no lo dicen las fuentes normativas comunitarias... (sólo dicen que) la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y profesiones y en todos los niveles de responsabilidad constituye un objetivo de la acción positiva”, en Ballestrero, María Vittoria, “Acciones positivas... *op. cit.*”, nota 46, p. 97.

Asimismo, con respecto al ámbito comunitario, comentar, en este instante, que pese a los “logros” conseguidos en su medio, no se ha podido remediar tener la presencia de la famosa y, permitánnos, nefasta Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995, en donde se expone, entre otras consideraciones, que la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma “absoluta e incondicional” en Comas, José, “El tribunal federal alemán falla también contra la discriminación positiva en el trabajo”, *El País*, Madrid, miércoles 6 de marzo de 1996, p. 31. Para más información acerca de la mencionada Sentencia véase, entre las numerosísimas publicaciones: Ballestrero, María Vittoria, “Acciones positivas... *op. cit.*”, nota 46; Rey Martínez, Fernando, “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad del 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, 1996; Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, núm. 19, 1996; Rodríguez Piñero, Miguel, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 22 (Editorial), 1995; Ruano, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, año V, núm. 227, 28 de diciembre de 1995; Rivero Ortega, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia ‘Kalanke’

Una cuestión que no se debe dejar de abordar es qué grupos están lo suficientemente desfavorecidos para merecer un trato especial. Incluso puede resultar difícil determinar quién forma parte de un grupo beneficiario, por ejemplo, ¿cuán “negro” debe ser alguien para ser considerado como tal y tener derecho a los beneficios de los programas de acción positiva? o si nos referimos a los inmigrantes, ¿están incluidos los inmigrantes de segunda, tercera y cuarta generación? y así en cuanto a los demás grupos vulnerables.

Por otra parte, debemos definir el concepto de acción positiva en el derecho internacional. Así, en el derecho internacional se utiliza generalmente el término “medidas especiales” para hacer referencia a la acción positiva. La primera alusión a esas “medidas especiales” fue formulada por el gobierno de la India durante la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸¹ La idea de igualdad de oportunidades se trata específicamente en el apartado c) del artículo 7o. y en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto. Igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, constituye una cláusula general de no discriminación.

Ambos Pactos aceptaron, en términos generales, que la prohibición de discriminación y la distinción no excluían la adopción de medidas de acción positiva en pro de los grupos desfavorecidos. En general se estaba de acuerdo en que la prohibición sólo se refería a distinciones de carácter desfavorable carentes de objetivo o de base razonable. Además, prácticamente todos aceptaban también que igualdad no significaba identidad de trato y que había casos en que estaba justificado que la ley hiciera distinciones entre individuos o grupos.

Por otra parte, tenemos el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, orientado, fundamentalmente, a la lucha contra la discriminación racial pero que puede aplicarse a otras formas de discriminación y que compromete a todos los Estados miembros a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 90, 1996; Quintanilla Navarro, Beatriz, “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de octubre de 1995 sobre el caso ‘Kalanke versus Glissmann’”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 5, 1996.

⁸¹ *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, p. 103.

y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a ese respecto, a promulgar leyes de esa índole y a tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y las sindicales y otros organismos pertinentes.

En esta enumeración, debemos incluir una Convención similar aprobada en el marco de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en 1966; la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales de 1978; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de la OIT de 1975, entre otras.⁸²

3. *Confusión terminológica*

Como ya adelantamos, en todo este tema hay una importante confusión terminológica entre acciones positivas o afirmativas y discriminación positiva o incluso entre discriminación directa e indirecta con sus respectivas traducciones, etcétera.

Así tenemos que el término acción positiva se utiliza, preferentemente, en la Unión Europea y más concretamente proviene de la influencia del Reino Unido.

El término acción afirmativa se utiliza en el ámbito americano, dada la traducción textual del término inglés *Affirmative Action*.

La discriminación positiva es una expresión, asimismo, de construcción europea derivada de la estadounidense discriminación inversa, *Reverse Discrimination*, términos no muy atinados, como subrayamos, ya que de acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra “discriminación” exclusivamente para designar distinciones “arbitrarias”, “injustas” o “ilegítimas”, el término “discriminación positiva” es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse “discriminación”, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse “positiva”.

En los Estados Unidos de América se puede diferenciar: entre acciones afirmativas y discriminación inversa o benigna, (*Reverse Discrimination* o

⁸² *Ibidem*, pp. 106-113.

Benign Discrimination); *Reverse Discrimination* (impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables) y *Benign Discrimination* (lícita) y; entre cuotas por decisión y cuotas por resultados u objetivos y así un largo etcétera que a lo único que induce es a la confusión.

Nosotros creemos oportuno, de esta manera, elaborar una serie de definiciones de aquellos conceptos mas usuales.

4. *Acción positiva*

Ya definimos, anteriormente, la acción positiva siguiendo a José Ignacio Casas,⁸³ como el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios.

Elementos:

- Temporalidad;
- Establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica;
- Educación, concientización;
- Corrección “histórica” de fenómenos anómalos, de fenómenos discriminatorios.

5. *Discriminación positiva o inversa*

Discriminación positiva o inversa es un tipo de acción positiva y consta de dos elementos particulares; primero, que la acción correctora no es sólo desigual sino también discriminatoria, ya que se refiere a un tipo especial de desigualdad y, segundo, que la discriminación inversa se produce respecto de bienes escasos (falta de puestos de trabajo, vivienda o cupos universitarios) lo que produce que el beneficio para unas personas sobre estos bienes tiene necesariamente un perjuicio para otras.

Al decir de Rey Martínez, una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa, que adopta típicamente la forma de cuota. A través de las discriminaciones positivas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, como decimos

⁸³ Casas, José Ignacio, *op. cit.*, nota 77.

particularmente escasas y disputadas, asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.⁸⁴

Así: a) el costo de la medida lo sufre un solo individuo; b) se desarrollan en contextos de escasez de ciertos bienes.

6. *Discriminación directa*

Según Campbell “la discriminación es directa si los tratamientos (*Allocations*) que irrazonablemente desfavorecen se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada ...”.⁸⁵

⁸⁴ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, col. Miradas, núm. 1, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 75 y ss.

⁸⁵ Campbell, Tom, “Sex Discrimination: Mistakint the Relevante ...”, citado por Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 24, p. 22. Esta definición que nos aporta Tom Campbell nos da un perfil muy aproximado de dicho tipo de discriminación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se refiere a los tipos de discriminación en su Sentencia del 8 de abril de 1976, en el asunto Defrenne II, C-43/75. Gabrielle Defrenne era una azafata de vuelo de la Compañía belga SABENA que, al terminar su contrato laboral al cumplir los 40 años, interpone dos tipos de recursos: el primero, contra la normativa que regulaba el régimen especial de jubilación del personal de vuelo de la aviación civil en Bélgica —que dará lugar a la Sentencia del 25 de mayo de 1971, Defrenne I, C-80/70—; el segundo, contra la Compañía SABENA, es el que originará la Sentencia que ahora se comenta. La pretensión de la demandante en este último caso se concreta en una indemnización por razón de la diferencia sufrida como trabajador femenino en materia de remuneración, en comparación con sus colegas de sexo masculino que realizan el mismo trabajo en concepto de personal de vuelo. El artículo en el que sustenta su acción la demandante, es el artículo 119 del Tratado de Ámsterdam, que consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. Así tenemos que se produce una discriminación directa cuando una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su sexo o por motivos inseparablemente unidos al sexo o cualquier otra de los paradigmas discriminatorios. Como en el caso comentado, por ejemplo, tiene lugar un tratamiento distinto por razón de sexo cuando se aplican diferentes escalas salariales para hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo, cuando las ofertas de trabajo se dirigen sólo a hombres o mujeres, cuando se utilizan distintas clasificaciones en los sistema de evaluación de puestos de trabajo por razones de sexo y cuando se fijan diferentes límites de edad para la jubilación de hombres y mujeres; son algunas de las causas o razones rediscriminación en los Estados miembros de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera necesario efectuar la distinción entre las discriminaciones “directas y manifiestas” y las discriminaciones “indirectas y ocultas”. En la Sentencia del 27 de marzo de 1980, *Macarthys*

La discriminación directa rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo. Es decir, la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen, se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. En términos generales, contempla el criterio formal de discriminación establecido en los mandatos de no discriminación. Suele identificarse con el *Disparate Treatment* del derecho anglosajón.⁸⁶

En los diferentes ordenamientos jurídicos hay una línea que va en el sentido de prohibir las discriminaciones directas, esto es, de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia de uno u otro sexo. Así el Tribunal Constitucional español ha estimado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo discriminaciones directas tales como las siguientes: las cláusulas de celibato; las discriminaciones por razón de embarazo; aquellas disposiciones que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél; aquellas normas que establecían que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos menores de siete años quedarían al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyera de otro modo; la norma de conflicto que señalaba la nacionalidad del marido al tiempo de contraer matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio, etcétera.⁸⁷

7. *Discriminación indirecta*

El concepto de discriminación indirecta, en la legislación de igualdad de trato, es reciente en el ámbito de la Unión Europea. La discriminación indirecta puede darse cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. Mientras

Ltd vs. Wendy Smith, C-129/79, nos dice que el artículo 119 del Tratado se aplicará directamente “a todas las formas de discriminación directas y manifiestas, susceptibles de ser constatadas con la sola ayuda de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de remuneración recogidos en el citado artículo”.

⁸⁶ Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas...*, op. cit., nota 15, p. 117.

⁸⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo...* op. cit., nota 84, pp. 36 y ss.

que la discriminación directa se detecta o advierte en una única instancia, llamémosla lingüística, en el caso de la indirecta, la detección necesita dos, lingüístico y extralingüístico. Por ejemplo, en materia salarial, la discriminación indirecta se da cuando la posible carga discriminatoria no es directamente detectable con la simple contemplación de las diferencias retributivas legal, reglamentaria o colectivamente tasadas, aún existiendo identidad en el trabajo, sino a través del análisis de disposiciones que conducen a la calificación profesional del trabajador de la que derivará su nivel retributivo.⁸⁸

La discriminación indirecta surge en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición y son como resultado de los efectos o consecuencias de la misma. Puede darse cuando se usa un criterio no prohibido que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. De esta manera, sobre la base de la elección de criterios aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio.

En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etcétera, sino que la aplicación de ese criterio incide perjudicialmente en los individuos de esas características y por ello, en el grupo al que pertenece ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados por el *Disparate Impact* o efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo.⁸⁹

Al igual que acontece en la discriminación directa, se establece una prohibición de discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavo-

⁸⁸ Ortiz Lallana, Maria del Carmen, “El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España (a propósito de la Sentencia TJCEE de 1 de julio de 1986)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, núm. 29, enero-marzo 1987, pp. 81 y ss.; Meucci, Mario, “Discriminazione indiretta nella progressione di carriera delle lavoratrici part-time”, *Lavoro e Previdenza Oggi*, Milán, Italia, año XXII, vol. 2, sigue 2, febrero 1995, pp. 386-393. Con estas premisas, tenemos, por lo tanto que así como la intención califica a la discriminación directa, el resultado califica a la indirecta.

⁸⁹ Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas...*, op. cit., nota 15, p. 118.

nable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también “discriminación de impacto”).⁹⁰

8. Modalidades de las acciones positivas

La acción positiva puede adoptar formas o “modalidades” diferentes, no es una medida uniforme por lo cual pueden cambiar los métodos para conseguir el objetivo principal.

Cada modalidad de acción positiva tendrá que ser congruente o se deberá ajustar al contexto particular para el cual se le demande una acción de este tipo. De esta manera destacamos, según nuestro parecer, las principales modalidades:

1. Medidas dirigidas a eliminar las causas subyacentes de las menores posibilidades de empleo o de carrera de cualquiera de los sexos, de las razas, etcétera.
2. Medidas que favorezcan un cierto equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, así como un reparto más equilibrado de estas responsabilidades entre los dos sexos, cuando hablamos, en específico, de la discriminación por género.
3. Medidas basadas en la idea de que la acción positiva debería procurar compensar las desventajas del pasado.

La primera de las medidas mencionadas, se centra, fundamentalmente, en la intervención en el sector de la orientación y la formación profesional. Un ejemplo sería el establecimiento de programas de formación profesional que permitan el adiestramiento de miembros de las minorías para que puedan competir por empleos y ascensos. Dicho proceso, a su vez, puede consistir en buscar miembros de grupos desfavorecidos que tal vez no sepan a qué prestaciones tienen derecho en la esfera de la vivienda u otros bienes de carácter social.⁹¹ Son las denominadas “movilización positiva” y

⁹⁰ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...*, op. cit., nota 84, pp. 44 y ss.

⁹¹ *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, p. 112. Es lo que se denomina “movilización afirmativa o positiva”.

Cuando lo que se quiere comprobar es si para acceder a un determinado empleo, por ejemplo, se ha realizado con base en sus méritos o si el racismo o el sexismo ha sido

“equidad positiva” destinadas a superar los problemas sociales de un determinado grupo, medidas de buena acogida y aceptación.

Por lo que respecta a la segunda medida, consideramos importante detenemos en ella para valorar su dimensión y/o proyección actual. Partimos entonces, en cuanto al sexo se refiere y en el contexto europeo, de la transposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia y 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al permiso parental, al ordenamiento jurídico español, por ejemplo, a través de la Ley 39/1999 para la conciliación de la vida familiar y laboral, de 5 de noviembre, que nace como una necesidad de adaptación de la célula básica de nuestra sociedad, la familia, la cual se ha visto obligada a adaptarse a una época de grandes cambios.⁹²

España, por ejemplo, en 20 años ha pasado de un modelo familiar y laboral en que la división de roles de género era dominante a un nuevo modelo en que tanto mujeres como hombres participan directamente en el mundo del trabajo remunerado. Hablamos de conciliar la vida familiar y laboral (y nosotros agregaríamos “personal”),⁹³ que debería consistir

un factor en el proceso de evaluación, verificando la pertinencia de criterios de contratación o ascenso para los puestos respectivos y que éstos no se utilizan para ocultar la discriminación racial o sexual, se le denomina a este proceso “equidad positiva o afirmativa”, un proceso que lleva a contratar siempre a las personas mejor cualificadas.

⁹² La Ley 39/1999 introduce modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionados con la maternidad, paternidad y cuidado de la familia (permisos para consultas prenatales y cursos de preparación al parto —siempre que no puedan realizarse fuera del horario de trabajo—, permisos por maternidad, permisos por paternidad, hora de lactancia, permisos en caso de nacimiento prematuro, reducción de jornada por causas familiares, excedencia para el cuidado de familiares —no remunerado—, excedencia para el cuidado de hijas o hijos menores de seis años —no remunerado—, situaciones de riesgo asociadas a la maternidad), así como modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley General de Seguridad Social y las Leyes reguladoras de la Función Pública.

⁹³ La profesora Eva Martínez resalta la esfera personal porque a las mujeres ésta siempre se les ha negado (...) y no han podido tener tiempo físico y mental para sí mismas, ocio para cultivar su espíritu, su mente y su cuerpo, debiendo dedicarse en exclusiva a dar apoyo emocional, cuidar a la infancia, a familiares ancianos, enfermos o discapacitados, a las tareas domésticas y al trabajo fuera del hogar. La jornada interminable. Tiempo personal que a los hombres nunca se les ha negado. Martínez Sampere, Eva, “Legislación para combinar la vida personal, familiar y laboral. Análisis comparado desde una perspectiva autonómica, estatal e internacional” *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e im-*

fundamentalmente en una efectiva equidad en la distribución de las responsabilidades familiares y laborales tanto desde el punto de vista personal como social, como elemento imprescindible (pero no el único) para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.⁹⁴ Una conciliación (que determina de partida un conflicto) que visualice esa necesidad de proteger y no atentar contra la salud de las mujeres y que ello no derive en una sucesión de acontecimientos que generen un problema para todos, como ejemplo no tenemos más que atender el planteamiento de muchas mujeres con vocación o con la inquietud de la maternidad y la tesitura en la que se encuentran cuando deben valorar el binomio: maternidad/trabajo remunerado y/o maternidad/no promoción laboral.

Hay una relación simbiótica entre la igual protección ante la ley y la no discriminación; éste hecho lo explica la CIDH con gran precisión de la siguiente manera:

Una persona que goza de igual protección y reconocimiento ante la ley está facultada para actuar a fin de asegurar otros derechos ante actos públicos o privados. A la inversa, la discriminación de género dificulta o anula

pacto social, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa).

⁹⁴ Corona Aguilar, Antonia, “¿Cómo conciliar en los tiempos que corren?”, *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y persona. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003. En Ana Guil Bozal, “Mujeres y hombres de hoy. El banco del tiempo. Perspectiva psicosocial”, *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa), se presentan una serie de datos que plantean interrogantes como que en España en 1998, más del 40% de quienes alcanzan el grado de doctor son mujeres, que en su mayoría sólo llegan a profesoras titulares ¿por qué el escaso 13% de catedráticas? Expresa que la falta de ascenso o promociones no se debe a una falta de preparación y de ahí incoa a medidas como las acciones positivas, entre ellas conciliar la vida laboral con la familiar y la personal. Los bancos del tiempo representan un importante punto de apoyo a la difícil conciliación entre vida laboral, familiar y personal de las mujeres y los hombres.

En Romero Landa, Luis Benjamín, “Diferentes formas de economía y/o intercambios”, *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y persona. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003, se pueden contemplar los inconvenientes que pueden producirse en un banco del tiempo como el que tiene la Universidad de Sevilla y cómo se intenta resolver estos problemas en el caso concreto.

la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias.⁹⁵

En realidad la crítica que persiste en el tema es que parece que la evolución hacia un papel cada vez más visible y activo de las mujeres en la vida social, respaldada por una normativa legal que la apoya e impulsa, se ha producido sin que se haya puesto en marcha, de forma seria y coincidente, apenas algún tipo de desplazamiento en las conductas y en los roles públicos y privados de muchos hombres, en la cultura que envuelve el mundo del trabajo —el estilo de organización, la distribución de los horarios o la legislación que regula las relaciones laborales—, en la dinámica de funcionamiento familiar, en las políticas de apoyo que ofrecen las instituciones públicas, etcétera, lo que conduce a poner de manifiesto la existencia de desajustes y la permanencia de desigualdades.⁹⁶

Por último, por lo que respecta a la tercera medida señalada, las acciones positivas consisten en el trato preferencial a favor de determinados grupos que bien puede plasmarse en objetivos cuantificados para el empleo de mujeres, de grupos étnicos, etcétera en sectores de actividad y profesiones donde están infrarrepresentados, especialmente en puestos de responsabilidad. Son planes de igualdad en las empresas y como una política más, en el sector público o privado, se incentivará a aquéllas que incorporen medidas innovadoras para hacer realidad la igualdad en su organización y proporcionen servicios que faciliten la conciliación.

Esta es la modalidad de acción positiva a la que nos hemos venido refiriendo, y que más controversia implica, y la que siempre se proyecta como modelo primigenio, ya que puede inducir a aplicar una preferencia hacia miembros de grupos sin tener en cuenta los méritos individuales; ahí es precisamente donde se debe tener sumo cuidado y no incidir en una discriminación hacia aquellos grupos que en principio no son vulnerables.⁹⁷

⁹⁵ CIDH, Informe núm. 4/01, caso 11.625, Maria Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 52.

⁹⁶ Flecha García, Consuelo, “Educación y relaciones de género”, *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y persona. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003.

⁹⁷ Invitamos al lector a consultar la cuestión que diferencia entre cuotas y objetivos determinadas en esta investigación en páginas anteriores.

9. *Algunos fundamentos o justificaciones de las acciones positivas*

La filosofía en la que se enmarca las políticas de igualdad, es más, políticas de igualdad de oportunidades son, definitivamente, generadoras de mucha controversia y poco acuerdo.

El debate en torno a la *Affirmative Action*, acciones positivas, no es una cuestión numérica, minorías/no minorías, es sobre todo, una filosofía social, en la cual la nación o todos los individuos, en general, se deberían esforzar por erradicar la discriminación.

Podemos distinguir una diversidad de justificaciones para las acciones positivas.

En primer lugar, tenemos el argumento de que las acciones positivas actúan para compensar una discriminación del pasado, por ejemplo en el mercado de trabajo, que reemplazó a las minorías a una desventaja que nunca se hubiera dado por sí sola.

Se necesita “discriminar”⁹⁸ temporalmente para el avance de la justicia social y el progreso; son demasiadas las distancias económicas, de educación y culturales, fundamentalmente. La acción positiva encierra

⁹⁸ En este momento, reiteramos la confusión terminológica existente entre las nociones de acción positiva, medidas de igualdad de oportunidades, discriminación positiva y discriminación inversa. No es infrecuente que en la literatura sobre esta materia denomine un mismo concepto de maneras diversas sin saber muy bien qué comprende cada término, existiendo, incluso, contradicciones entre los diferentes significados asignados a cada uno de ellos. Véase Ruano, Lucia, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, año V, núm. 227, 1995.

En el ámbito norteamericano continúa una ardua polémica entre términos que aparentemente pueden parecer sinónimos, como discriminación positiva y discriminación inversa. En el ámbito comunitario, el problema se encuentra, fundamentalmente, en la idoneidad o adecuación de tales términos, tal y como se concibieron en los Estados Unidos de América, a la realidad europea.

En Europa, hay una frontera tenue entre discriminación inversa y acciones positivas. Según Barrère Unzueta, “no es lo mismo (en el sentido de que no obtiene la misma legitimación social):

a) establecer una reserva de plazas para la admisión de minorías, permitiendo a los estudiantes de esas minorías entrar con pruebas menos exigentes que, por ejemplo, a los blancos (discriminación inversa o positiva); que

b) el supuesto de que, ante los mismos resultados de las pruebas de acceso se da prioridad a la entrada de los miembros de las minorías (acción positiva).

En España el desarrollo de derecho antidiscriminatorio es por vía administrativa y judicial. En Europa es por vía legislativa.

toda medida que va más allá de la terminación con las prácticas discriminatorias para compensar discriminaciones pasadas, presentes o futuras.

De esta manera tenemos que en el aspecto económico, un país no puede soportar la pérdida de talentos que pueden ejercer su potencial. Es una cuestión lógica donde podríamos visualizar los *beneficios* de una política de igualdad en el empleo, por ejemplo, donde se expresa: 1. Igual empleo para todos los ciudadanos. 2. Reforzamiento de los objetivos sociales (plena igualdad), 3. Mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales procedentes de dichos grupos conocen mejor los problemas del grupo, 4. Mejor aprovechamiento de la fuerza laboral, 5. Ingresos familiares más elevados, 6. Mayor producción nacional, 7. Mejor autoimagen de los ciudadanos, 8. Contribuyentes más útiles a la sociedad.

Como vemos, hay sólidas razones económicas para promover la igualdad de oportunidades, con la finalidad de que todo el mundo contribuya al bienestar económico, bienestar social de nuestras comunidades y participe del mismo (dadas las tendencias demográficas y la necesidad de impulsar la participación).

No obstante, no hay que descuidar que una política de esta envergadura puede generar *perjuicios* que deben ser contemplados para ser superados, tales como: 1. Carga adicional por el gasto administrativo de programas para el personal; 2. La dirección de las empresas pierden cierta autonomía de la que gozaba, por ejemplo en cuanto a decisiones de reclutamiento; 3. Incluso si se disminuyen los requisitos a la hora de contratar, cuestión que nunca debe darse, disminuye la eficiencia en la industria y la educación; 4. Jubilaciones anticipadas para preservar empleos de minorías.

Estos aspectos están relacionados con aquellos beneficios que el Estado debe proporcionar al sector que actúe activamente en favor de estos grupos.⁹⁹

Hablamos de igualdad de oportunidades en relación con la igualdad en los resultados.

En el ámbito educativo, en una sociedad donde la educación es tal vez la llave de la economía y la movilidad social, el acceso a una oportuni-

⁹⁹ Reiteramos que, por ejemplo a las empresas que empleen al sector discriminado y que invierten en programas de prácticas o capacitación necesitan un trato fiscal favorable; en el ámbito educativo, la promoción de becas, etcétera, y así sucesivamente.

dad educacional es crucial para las minorías, no es una cuestión de inferioridad intelectual.

Ya en los Estados Unidos de América la práctica demostró que en una escuela de admisión abierta, los negros eran admitidos pero fracasaban si no se daban recursos y apoyo, programas específicos de acción positiva, donde se alcancen niveles igualitarios para poder competir.

La educación es el camino de un éxito seguro para poder acabar con actos discriminatorios.

Otro factor de justificación en las medidas de acciones positivas lo tenemos en la necesidad de crear representación proporcional de los grupos como componente de una sociedad justa. Hablamos de la necesidad de un componente de “diversidad” ya contemplado en la Sentencia *DeFunis vs. Odegaard* de 1974 y posteriormente en el caso *Regents of the University vs. Bakke* de 1978, en el que se concluyó que el objetivo de admitir preferencias raciales en la universidad era el propio interés de la universidad de contar con un alumnado diverso que aportara experiencias diversas y así enriquecer la experiencia educativa en general.

Las acciones positivas tienen por objeto la sensibilización y la movilización de la sociedad y deben emanar tanto de las autoridades del estado como de las organizaciones sociales, base de estabilidad no sólo económica sino social.

Acciones positivas como un conjunto diverso de respuestas que tienden a superar la discriminación. No obstante, realizamos la observación que los programas de acción positiva no son un sustituto de los programas de reducción de la pobreza y tampoco sustituyen las leyes contra la discriminación, ya que por ejemplo al beneficiar a la comunidad china o judía de una determinada comunidad no significa que estos grupos son desfavorecidos o discriminados en el resto de la comunidad internacional.

La meta de la acción positiva es el eliminar las barreras que se encuentran más allá de la ley, para una igualdad de oportunidades en el empleo, en la educación, en la vida diaria, incluyendo prácticas intencionales o no intencionales,¹⁰⁰ discriminaciones directas e indirectas.

El propósito de los programas de acciones positivas es “quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía” y abrir oportunidades para las minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o “cam-

¹⁰⁰ Frankel, Paul Ellen, *et al.* (eds.), *Reassessing Civil Rights*, Ann Arbor, Mi., Edwards Brothers, Inc., 1991, pp. 80 y ss.

biar los signos visibles de pasadas distinciones raciales o sexuales y, así, brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas”.¹⁰¹

Los programas de acción positiva actúan desde dos perspectivas:

- Programas de *protección* (llegar a mejor calificación), y
- Programas *preferenciales* (mínimo de calificación y después se da estas preferencias que son moralmente justificables).¹⁰²

IV. RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES POSITIVAS

Hasta este momento, según el desarrollo del presente artículo, destacamos un punto toral que es la necesidad de introducir, en todos los niveles, la igualdad entre los géneros, entre las razas, etcétera.

En este tenor nos congratulamos al visualizar que a lo largo de esta exposición en torno al derecho a la no discriminación seguimos, casi de manera paralela, el informe final presentado por el señor Marc Bossuit, relator especial, de conformidad con la Resolución 1998/5 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Prevención de la Discriminación, al hacer referencia al concepto y la práctica de la acción afirmativa;¹⁰³ y no sólo desde su introducción en donde se refuerza, tal y como nosotros concebimos, la necesidad de permear a la comunidad internacional de posturas activas en torno al concepto y la práctica de la acción afirmativa o positiva, pasando por su concepto y caracteres, su justificación, las formas o “modalidades” de las acciones positivas hasta llegar, en nuestro contexto mexicano, a recomendaciones para la implementación de dichas medidas, que van más allá incluso de las propuestas en el mencionado informe tal y como vamos a resumir a continuación.

El marco jurídico mexicano, en cuanto al principio de igualdad, ha sido modificado, tal y como ya reflejamos, en las últimas décadas a través de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo

¹⁰¹ Rodríguez, Marcela V., *op. cit.*, nota 53, p. 253.

¹⁰² Véase, Taylor, Bron Raymond, *Affirmative Action at Work Law, Politics, and Ethics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, pp. 5-34.

¹⁰³ *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, pp. 93-127.

primero del artículo 4o., se adicionan un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115. Además, se observan las modificaciones a los Códigos Penales y Civiles para el Distrito Federal con el propósito de prevenir y sancionar la violencia familiar, así como la Ley de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal; la iniciativa de reforma y adiciones al Código Penal para elevar la edad de 6 a 18 años del sujeto pasivo del delito de corrupción de menores; las iniciativas de reforma de diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; Iniciativas de reforma a la Ley General de Salud; iniciativas de reforma y adiciones a diversas disposiciones de la Ley Agraria; iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Con respecto a esta última, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ya tuvimos ocasión de comentar muchos de sus aspectos en un epígrafe anterior, al cual remitimos para no redundar en sus propuestas y recomendaciones, además de apuntar que el Conapred ya tiene recogidas todas y cada una de las sugerencias y opiniones vertidas, a lo largo de su itinerario de dos años, a la LD para que una vez analizadas se pueda mejorar dicha ley; de hecho buena parte de las medidas sugeridas son derechos ya existentes en otros ordenamientos como los enunciados e incluso en la propia Constitución, por lo tanto una tarea importante para el Consejo sería o es la instrumentación de tales medidas como por ejemplo, la fijación de metas específicas y plazos para alcanzarlas, el seguimiento estadístico de los resultados, etcétera. Por otro lado, subrayar y reiterar que es una ley que nació con la firme vocación y con las mejores intenciones de ser un instrumento más de lucha contra la discriminación en México, y que como desarrollo del párrafo III, del artículo 1o. Constitucional, innova no sólo desde el punto de vista de la técnica sino de la política legislativa, una ley que permite influir en la sociedad con acciones concretas con el claro objetivo de eliminar cualquier forma de exclusión y por ende, implementar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas.

Además, a lo largo de este trabajo se han manejado diversas “alternativas” o propuestas dirigidas a la erradicación de la discriminación y así hemos propuesto:

- programas que fomenten capacitación laboral,
- incentivos fiscales para empresas que actúen estableciendo medidas activas (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos);
- sistemas de becas para el acceso a la educación;
- cotejo con el derecho comparado para atender éxitos legislativos que mediante la adaptación a nuestra realidad mexicana, nos sirva para avanzar en estas políticas de acción positiva, nos referimos a la mencionada Ley española para Conciliar la Vida Familiar y Laboral de 1999, con la propuesta de los Bancos de Tiempo, e incluso la denominada Renta Básica, ubicada en Brasil, tal y como vamos a hacer referencia en nota a pie de página; y por último,
- una propuesta que nos parece de gran interés que es el establecimiento de presupuestos con perspectivas de género, que va desde el ámbito federal hasta el local.

Como decimos, en todo este discurso cobra una singular importancia, para llevar a cabo este proyecto de igualdad, los presupuestos con perspectivas de género, de raza, etcétera.

Si nos acotamos, en este momento, a los presupuestos con perspectivas de género vemos cómo forman parte de una de las grandes iniciativas, a nivel mundial, en la búsqueda de la tan anhelada igualdad real, de hecho y de derecho, entre los sexos.

El papel del poder financiero del Estado es de suma importancia como incentivador de la igualdad de géneros, de razas, etcétera. Es aquí donde el derecho financiero se ve como un derecho promocional e incentivador, en cuanto tiene la característica de la repartición de recursos disponibles para influir en las condiciones de vida de la sociedad, estimular, incentivar y promover los comportamientos de los individuos y grupos sociales considerados económicamente ventajosos, por ejemplo, exenciones, bonificaciones, subvenciones y transferencias.

En México, el marco legislativo, a nivel federal, en materia presupues-taria está conformado por la Ley de Planeación, el Presupuesto de Egresos de la Federación, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y el Plan Nacional de Desarrollo, sin embargo, la perspectiva de género en estas legislaciones es muy pobre. En este punto, es necesario mencionar la iniciativa para modificar el decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación de 1999, el cual contenía modificaciones a los presupuestos para el rubro de pobreza extrema (ramo 26) y el Fondo de

Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal (ramo 33), cuyo objetivo era lograr mayores beneficios directos para las mujeres.

V. CONCLUSIONES

1. Todas las teorías de los derechos humanos parten de la necesidad de tomar en consideración los intereses de todos los individuos por igual con independencia de su sexo, raza, religión, discapacidad, clase social o tradición cultural.

“El sufrimiento de los excluidos se proyecta a toda la sociedad. El sufrimiento humano, tiene una dimensión tanto personal como social; así el daño causado a cada ser humano (...) afecta a la propia comunidad como un todo”.¹⁰⁴

2. La filosofía en la que se enmarca las políticas de igualdad, es más, políticas de igualdad de oportunidades son, definitivamente, generadoras de mucha controversia y poco acuerdo.¹⁰⁵

3. El debate en torno a las acciones positivas no es una cuestión numérica, minorías/no minorías, es sobre todo una filosofía social en la cual la nación o todos los individuos, en general, se deberían esforzar por erradicar la discriminación.

4. El derecho antidiscriminatorio, en el que se refleja el mandato de no discriminación, tiene su característica fundamental en el carácter “grupal”, es decir, que a través del mismo no se trata de hacer justicia a situaciones de individuos que pertenecen a un mismo grupo sino que, precisamente, lo que el derecho antidiscriminatorio intenta paliar es la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo (generalmente designado por el color de la piel, su origen étnico, el sexo, etcétera) frente a quienes pertenecen a otro.

¹⁰⁴ Corte IDH, Caso de los “Niños de la calle” (Villagraán Morales y otros) Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 26 de mayo de 2001. Voto Razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 21.

¹⁰⁵ De hecho, todo este tipo de política social se caracteriza por la polémica que conlleva la falta de consenso entre los diferentes interlocutores; veamos tan sólo la cuestión planteada a través de la “Renta Básica de Ciudadanía”; véase Noguera, José Antonio y Raventós, Daniel, “La Renta Básica de Ciudadanía: acerca de la justicia, la polarización social y el derecho al trabajo”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 120, marzo 2002, 24 pp; Matarazzo Suplicy, Eduardo, “De la renta mínima a la renta básica en Brasil. La reciente evolución de un instrumento de combate a la pobreza y a la desigualdad”, entre otros.

5. Las medidas de acción positiva no sólo consisten en “remover obstáculos” sino en “promover las condiciones” para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. No hay que olvidar que lo que se pretende con estas políticas es lograr una igualdad real sustantiva y no una simple igualdad formal; una igualdad real sustantiva que despliegue una verdadera igualdad en los resultados.¹⁰⁶

6. Definitivamente, el principio de igualdad de trato se viene a implementar con la prohibición de discriminación como garantía fundamentalmente de protección de nuestros grupos vulnerables pero no tiene un futuro muy prometedor si no se implementa con la fuerza coactiva del Estado, que inste, a través de normas reglamentarias, tanto a las instancias públicas como privadas, a realizar políticas activas, medidas que prevengan la discriminación y a la vez medidas positivas, acciones positivas y compensatorias (justicia compensatoria)¹⁰⁷ a favor de la igualdad de oportunidades.

7. No olvidemos la aplicación del principio aristotélico, según el cual “parece que la justicia consiste en igualdad y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. La fórmula aristotélica “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad) ni tampoco que, por el contrario, se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad).

Se resalta la idea de que debe de haber normas de compensación destinadas a obligar a los Estados a tomar medidas y a desenvolver acciones con vista a asegurar una verdadera igualdad y permitir a las personas, o

¹⁰⁶ Fue en los Estados Unidos de América, con la Administración Johnson, cuando se comienza a tener en cuenta no sólo lograr niveles de igualdad sino dar los instrumentos. Johnson declaró en la ceremonia de entrega de diplomas de la Universidad de Howard, en junio de 1965, es decir, el mismo mes de la votación decisiva en el Congreso que daba una mayor participación electoral a los negros “La libertad no es suficiente. No es posible borrar las cicatrices de heridas seculares diciendo ‘Ahora sois libres, libres de hacer lo que queráis, de elegir a los dirigentes que os parezca’. Cuando alguien ha permanecido encadenado durante años no basta, para hacerle justicia, con romper sus cadenas y decirle ‘Ahora sí que puedes competir libremente con los demás’. Lo que queremos es una libertad unida a verdaderas posibilidades de ejercerla, para que la igualdad no sea un principio abstracto, sino una realidad tangible, un auténtico paso adelante”.

¹⁰⁷ Rodríguez, Marcela V., *op. cit.*, nota 53, p. 256.

grupos de personas, que puedan ejercer sus derechos de forma semejante a los otros miembros de la sociedad. Es aquello que se designa comúnmente por “igualdad de oportunidades” que se vuelve una noción jurídica como “igualdad en los resultados”.

8. La igualdad de oportunidades es la piedra angular de todo sistema de vida democrática que implica, entre otros factores, una ausencia total de discriminación política, social y económica, fundamentalmente, en materia de empleo y ocupación. Tal ausencia es un elemento esencial de la tan anhelada justicia social.

9. No hay que olvidar, en ningún momento, que la justificación de estas políticas de *Affirmative Action* están fundadas en encontrar niveles de igualdad plenos para un sector que ha sido discriminado históricamente y que este proceso de “apoyo” está marcado por un estricto calendario, por una temporalidad, que se terminará en aquel momento, preciso, que se logren verdaderos niveles de igualdad.

10. La discriminación tiene un alto costo social, de inclusión, pero también tiene un alto costo económico al prescindir de determinados individuos por causas discriminatorias.

11. No todas las exclusiones son igualmente objetables (*Business Necessity*).

12. No perdamos de vista la justificación de las políticas de compensación, por ello insistimos en que nada en las medidas de acción positiva propugna el cambio de posición o de poder; no se trata de cambiar la discriminación en la figura de otros individuos; no se trata de que sean otros los discriminados, sino que la consecución o logro de las metas de las acciones positivas desactiven la discriminación, su aplicación. Se trata de “ceder” por el bien de la comunidad, por el beneficio común. Una solución buena para todos implica que pueda ser más justa para unos que para otros.

13. La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social.

14. Por último, reforzar la idea de que todos estamos involucrados, implicados en los desajustes de nuestra sociedad y más involucrados están quienes tienen la posibilidad de activar el cambio social y la igualdad real. Se les debe exigir a nuestros legisladores que aboguen, en nuestros ordenamientos jurídicos, más que a una política de no discriminación, una política que declara igualdad (eminentemente pasiva); abogar, deci-

mos, por una política de acción positiva (eminentemente activa) que inste a nuestras autoridades no sólo a resguardar y proteger la no discriminación, sino reservar acciones positivas que nos den una oportunidad frente a esas discriminaciones históricas, de llegar a niveles de igualdad reales de hecho y de derecho. Las medidas de acción positiva no sólo deben consistir, negativamente, en “remover obstáculos”, sino también, de modo activo, en “promover las condiciones” para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. No debe olvidarse, una vez más, la función social del derecho y la función social que cada Estado debe realizar.

Como decíamos a lo largo de este texto, no se necesitan ni buenas palabras, ni buenas intenciones, sino “instar a las autoridades competentes que determinen una buena y efectiva legislación para proporcionar verdaderas medidas de protección, medidas positivas, acciones positivas” que tengan una aptitud activa, no meramente enunciativa ni de observación, que no se incurra en lo que Luigi Ferrajoli denomina *falacia garantista*, que consistiría en creer que bastan las buenas razones del derecho y las buenas técnicas jurídicas de protección para poner los derechos a salvo.