

# LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y LAS ACCIONES POSITIVAS

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Impacto de la reforma constitucional en la legislación: acciones positivas*. III. *La acción positiva. Concepto y caracteres*. IV. *Algunos fundamentos de las acciones positivas*. V. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001, denominada ya reforma indígena, en la que se adicionaron un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reformó el artículo 2o., se derogó el párrafo primero del artículo 4o., se adicionaron 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

\* Doctora en derecho e investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

gran relevancia para el país y de gran controversia y discusión.<sup>2</sup>

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. constitucional implica que el susodicho artículo comience diciendo: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Se instauró como un nuevo concepto para nuestra carta magna, por un lado, un principio de prohibición de discriminación y por otro lado, conservamos un principio de igualdad. El primero de ellos nos revela una situación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación), el segundo de ellos nos indica una situación eminentemente pasiva (proclamación, simplemente, de igualdad de trato). ¿No habrá otra opción como bien pudiera ser una actitud activa que implique potenciar niveles de igualdad? Éste es el punto al que

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

Asimismo tenemos, según Luigi Ferrajoli, una distinción de gran controversia entre derechos sociales y derechos de las minorías:

a) 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.

b) 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 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997, p. 863.

No obstante y ante la situación originada por la “reforma indígena”, tendremos que esperar que resuelva la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las controversias constitucionales sobre la misma.

queremos llegar, a través de un discurso lo más fundamentado posible y lo menos controvertido también, acerca de las políticas de *affirmative action*<sup>3</sup> o acciones positivas.

## II. IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA LEGISLACIÓN: ACCIONES POSITIVAS

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,<sup>4</sup> a través 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

3 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*, New York, Quorum Books, 1991, pp. 1 y ss. *Cit.* por Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 33 y 34.

4 Véase Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva...*, *op. cit.*, *supra*, pp. 9-12, 21-23; así como 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 de 2001, pp. 791 y ss.

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 dejó abierta la relación y así bien podría incluirse, 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”.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup>

5 No olvidemos el tema, últimamente muy en boga, relacionado con las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, “Discriminación y genética”, en Varios autores, *Memorias de temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001 (en prensa).

6 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 colère des opprimées”, en Guillaumin, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir*, París, Coté-Femmens, p. 219. *Cit.* 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 (coords.) *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 de 1995, núm. 5, pp. 241-251; Prieto Sanchís, Luis, “Igualdad y minorías”, *ibidem*, pp. 111-128; Velasco Arroyo, Juan Carlos, “Derechos de las minorías en una sociedad democrata

Una política de protección y preferencial,<sup>7</sup> bien ejecutada, no descarta por un lado, identificar a un grupo, y por otro lado, proteger y dar oportunidades a ese grupo ya amparado.<sup>8</sup>

Se propone, en este trabajo, realizar un recorrido que transite de la igualdad de trato<sup>9</sup> a la prohibición de discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades y

multicultural (un esbozo provisional)” *ibidem*, pp. 361-381; González Galván, Jorge Alberto; Hernández, María del Pilar *et al.*, “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.

7 *Cfr.* 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, Princeton University Press, 1977.

8 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”, *ibidem*, 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”, *ibidem*. 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 de 1996, p. 93.

9 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 de 1985, p. 235.

de ésta, a políticas de *affirmative action*, es decir, acciones positivas<sup>10</sup> en las que se igualen las condiciones del punto de partida.

Tenemos entonces que:

- 1) Un trato igualitario, a través del principio de igualdad,<sup>11</sup> resulta insuficiente porque no todas las personas han tenido

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 179-195; López Rodó, L., “El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, 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 Varios autores, *Funciones y fines del derecho*. Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, núm. 12, pp. 543-553; Terol Becerra, María J., “Acercas 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; Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit.; Varios autores, *El principio de igualdad en la Constitución española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vols. I y II, 1991; Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; Fernández López, María F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional”, en Aparicio, J.; Baylos, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 5-155; “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en Alarcón Caracuel, M. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo*, 1981-1991, op. cit., pp. 161-248; “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *Relaciones Laborales*, núm. 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”, en Varios autores, *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, Ed. de 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., *Discrimina-*

las mismas posibilidades de recibir educación, capacitación laboral, etcétera, y estaríamos ante una desigualdad, como decimos, del punto de partida.<sup>12</sup>

- 2) Una prohibición de discriminación,<sup>13</sup> muy diferente del principio de igualdad, como garantía constitucional, que no tiene, realmente, significado 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”<sup>14</sup> y a veces “no tan históricas”.

ción, derecho antidiscriminatorio 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.

<sup>12</sup> Tenemos así que, antes de la reforma que estamos comentando, había, según nos lo expresa Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan A. y *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 34. “Un ámbito general cubierto por el principio de igualdad, que la Constitución reconoce al establecer en su artículo 4o., la igualdad entre el varón y la mujer; sin embargo, cuando se añaden frases tales como que no prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión... estas especificaciones constituyen casos de igualdad normativa, es decir, casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional”, se trataría entonces, con la reforma actual, de ampliar este concepto.

<sup>13</sup> “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 vuelven 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, María José, “A ‘discriminação positiva no direito interancional e europeu dos direitos do homen’”, *Documentação e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, março de 1996, p. 16.

<sup>14</sup> Se razona así discriminaciones que surgieron y que han perdurado en el

- 3) Una igualdad de oportunidades, que hay que construir diferenciadamente, que nivele igualdad como medida de justicia social con un beneficio común.<sup>15</sup>
- 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,<sup>16</sup> material o de hecho en los resultados, no sólo una mera igualdad formal.<sup>17</sup>

Este último punto se traduce en la idea de ir más allá de una simple obligación de *non facere* del Estado (prohibición de dis-

tiempo como es el caso de los negros, esclavizados y estigmatizados, asimismo el caso de las mujeres.

15 Recomendación 84/635/CEE, del 13 de diciembre de 1984.

16 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, “El principio de igualdad y las relaciones laborales...”, *op. cit., supra*, pp. 404 y ss. Son derechos a la compensación de las desigualdades. Véase Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.

17 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, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 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, julio-diciembre de 1995, núm. 5, pp. 329-359.

criminación) sino en establecer un principio de igualdad de oportunidades con una doble vertiente: *vertiente subjetiva* prohibición de discriminaciones directas e indirectas;<sup>18</sup> y una *vertiente objetiva* acciones positivas encaminadas hacia la consecución de la igualdad real.

María Ángeles 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.<sup>19</sup>

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 re-

18 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 este último siempre esté constituido por mujeres.

La intención califica a la discriminación directa, el resultado califica a la indirecta.

Véase Añón, María José, *Igualdad, diferencias...*, *op. cit.*, *supra*, pp. 29-31.

19 Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, p. 34.

productora o consolidadora de discriminación... el derecho puede discriminar por comisión y por omisión.<sup>20</sup>

Así tenemos, que nuestra carta magna 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:<sup>21</sup> programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales<sup>22</sup> para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas<sup>23</sup> para el acceso a la educación, etcétera.

Por otro lado, y siempre tratando de sustentar y fundamentar las políticas de *affirmative action*, 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,<sup>24</sup> la cuestión

20 *Idem.*

21 El derecho comparado, en especial la situación de los Estados Unidos de América con respecto a su Civil Right Act 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 onerosos, con la administración pública si fue reacción para “motivar” a las empresas, por ejemplo, a contratar a individuos de los grupos minoritarios.

En el sistema norteamericano, las medidas de acción positiva son voluntarias para las administraciones públicas y el sector privado que deseen emprender planes de este tipo. Son obligatorias, en cambio, para aquellas empresas que deseen obtener un contrato del gobierno federal y, por último, adquirirán la condición de coercitivas, tanto para el sector público, como privado, si se impone como sanción por un tribunal ante la comisión de una conducta discriminatoria. Véase Sierra Hernáiz, Elisa, *Acción positiva...*, *op. cit., supra*, p. 42. Para una mayor información acerca de la constitucionalidad de la acción positiva según su origen público o privado, véase Gimenez Gluck, David, *Una manifestación polémica...*, *op. cit., supra*, pp. 120-152.

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

23 *Ibidem*, inciso II.

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

será la de identificar qué diferencias han de ser jurídicamente relevantes para constituir una discriminación,<sup>25</sup> teniendo extremo cuidado en el “poder” y “discrecionalidad” que se les da a los jueces encargados de interpretar la llamada cláusula constitucional de igualdad.<sup>26</sup>

Se trata, hasta ahora, de la 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. La vía, el camino, bien pudiera ser la *affirmative action* que es legítima y es el remedio, por excelencia, cuando la discriminación está arraigada en una determinada sociedad.

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”,<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

A través de la *tutela antidiscriminatoria*,<sup>29</sup> los estados adoptan acciones positivas dirigidas a la erradicación de las discriminaciones, desde dos vertientes fundamentales:

25 Véase Kay, H. H., *Sex-Based Discrimination. Test Cases and Materials*, 3a. ed., St. Paul Minn, West Publishing Co., 1988, p. 56. Cit. por Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado...*, op. cit., p. 24.

26 Carbonell, Miguel, “Constitución y derechos indígenas”, artículo publicado en este mismo volumen.

27 Cfr. Ballestrero, María Vittoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996, pp. 96 y ss., recomendación 84/635/CEE.

28 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., supra.

29 Destacamos que más que la tutela antidiscriminatoria, “la expresión ‘derecho antidiscriminatorio’ (trad. 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 entien-

- 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 socioestructural aumentando la presencia de grupos discriminados; labor realizada por los poderes normativos, la administración.<sup>30</sup>

La tutela antidiscriminatoria<sup>31</sup> y las acciones positivas son una forma de diferenciación para la igualdad,<sup>32</sup> bien realizadas a través de los objetivos —*goals*— o cuotas.<sup>33</sup>

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

de 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, María Ángeles, *Discriminación antidiscriminatorio...*, *op. cit.*, *supra*, p. 35.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>31</sup> Para más información al respecto, véase Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación...*, *op. cit.*, *supra*, p. 81.

<sup>32</sup> Véase Ruíz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, pp. 77-93, especialmente p. 79. *Cit.* por Osborne, Raquel, “Grupos minoritarios y acción positiva...”, *op. cit.*, *supra*, p. 68.

<sup>33</sup> Véase Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven and London, 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, la verdadera *acción positiva* se hace con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva.<sup>34</sup>

Ante igualdad de calificación, las acciones positivas opta por el representante del grupo protegido pero el nivel de desempeño debe seguir siendo su elemento crucial de selección.<sup>35</sup> Es un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos.<sup>36</sup>

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.

### III. LA ACCIÓN POSITIVA. CONCEPTO Y CARACTERES

Cada vez con más frecuencia podemos encontrar, en la literatura jurídica, 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 la-

34 Ruíz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad...”, p. 81. *Cit.* por Osborne, Raquel, “Grupos minoritarios y acción positiva...”, *op. cit., supra*, pp. 68 y 69; Rodríguez, Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Facio, Alda y Fries Lorena (eds.), *Género y derecho*, Madrid, Lom Ediciones, pp. 255 y ss. Véase, asimismo, Ballestrero, María Vittoria, “Acciones positivas...”, *op. cit., supra*, p. 92.

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

36 Barbera, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto de lavoro*, Milán, Giuffrè, 1991.

borales, 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”.<sup>37</sup>

En dicha definición tenemos:

- a) Un elemento de *temporalidad*, dato fundamental que determina que pasado un lapso, no se invierta la discriminación en la persona de aquel grupo no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (Applicant Flow, Applicant Pool)<sup>38</sup> que especifique en qué momento obtenemos esos niveles

37 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 Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica...*, op. cit., supra, pp. 64 y ss.

38 *Applicant Flow* demuestra que en el impacto de un mecanismo existe una significante 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 (EEOC) establece que se produce impacto adverso 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, por ejemplo, el asunto Griggs vs Duke Power Co. La carga de la prueba pesa sobre el demandado.

- de igualdad, esas cuotas, la representación necesaria del grupo vulnerable.
- b) 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.

- c) Un elemento, asimismo, de *educación*, de concientización<sup>39</sup> hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.
- d) 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 se encuentra arraigada a una determinada estructura social. 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.<sup>40</sup>

39 Añón, María José, los percibe como modalidades de acción positiva. Véase Añón, María José, *Igualdad, diferencias...*, op. cit., supra, pp. 53-59.

40 Es interesante, visualizar ciertos aspectos que se ubican en el contexto europeo. “Para el derecho comunitario, el derecho de la Unión Europea, las

#### IV. ALGUNOS FUNDAMENTOS DE LAS ACCIONES POSITIVAS

La filosofía en la que se enmarcan 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*, 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

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., supra*, 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, permítanos, 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., supra*; 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; Ruíz 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, 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 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.

individuos, en general, se deberían esforzar por erradicar la discriminación.

El argumento de las acciones positivas es que nos encontramos ante 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”<sup>41</sup> temporalmente para el avance de la justicia social y el progreso; son demasiadas las distancias económicas, de educación y culturales.

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) mejor aprovechamiento de la fuerza laboral; 4) ingresos familiares más elevados; 5) mayor producción nacional; 6) mejor autoimagen de los ciudadanos, 7) contribuyentes más útiles a la sociedad.

41 En este momento, destacamos 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.

En el ámbito norteamericano continúa una árdua 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 no 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).

b) El supuesto de que, ante los mismos resultados de las pruebas de acceso se de 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.

Como vemos, hay sólidas razones económicas para promover la igualdad de oportunidades, con la finalidad de que todo el mundo contribuya al bienestar económico de nuestras sociedades 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) Jubilaciones anticipadas para preservar empleos de minorías.

Dichos aspectos están relacionados con aquellos beneficios que el Estado debe proporcionar al sector que actúe activamente en favor de tales grupos.<sup>42</sup>

En el aspecto educacional, en una sociedad donde la educación es tal vez la llave de la economía y la movilidad social, el acceso a una oportunidad educacional es crucial para las minorías, no es una cuestión de inferioridad intelectual.

Ya en los Estados Unidos de América la practica 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.

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

42 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 educacional, la promoción de becas, etcétera.

Acciones positivas como un conjunto diverso de respuestas que tienden a superar la discriminación.

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,<sup>43</sup> 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 “cambiar 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”.<sup>44</sup>

Los programas de acción positiva actúan desde dos perspectivas.

- 1) Programas de *protección* (llegar a mejor calificación), y
- 2) Programas *preferenciales* (mínimo de calificación y después se da estas preferencias que son moralmente justificables).<sup>45</sup>

## 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.
- 2) Definitivamente, el principio de igualdad de trato (artículo 4o. constitucional) viene a implementarse con la prohibición de discriminación (artículo 1o., párrafo tercero cons-

43 Cfr. Ellen Frankel, Paul; Miller, Fred D. (jr.) et al. (eds.), *Reassessing Civil Rights*, Ann Arbor, Mi., Edit. Edwards Brothers Inc., 1991, pp. 80 y ss.

44 Rodríguez, Marcela V., “Igualdad, democracia...”, *op. cit., supra*, p. 253.

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

titucional) 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)<sup>46</sup> en favor de la igualdad de oportunidades.

- 3) 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 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.
- 4) 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 en materia de empleo y ocupación, tal ausencia es un elemento esencial de la tan anhelada justicia social.

46 Rodríguez, Marcela V., “Igualdad, democracia...”, *op. cit.*, *supra*, p. 256.

- 5) 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 (eminentemente pasiva), una política que declara igualdad; abogar, decimos, 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.