



16

La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas

Nuria González Martín

DERECHO CONSTITUCIONAL

Octubre 2001

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por la autora, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de ésta. ♦ D. R. (C) 2001, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F. ♦ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-74-63/64 exts. 703 o 704, fax 56-65-34-42.

www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2001.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Impacto de la reforma constitucional en la legislación: acciones positivas	2
III. La acción positiva. Concepto y caracteres	8
IV. Algunos fundamentos de las acciones positivas.....	9
V. Conclusiones	11

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001, denominada ya 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 18º y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115º; pretende actualizar e incluso superar una serie de cuestiones de gran relevancia para el país y de gran controversia y discusión¹.

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 instaura 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? 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*² o acciones positivas.

* La autora es doctora en derecho. Investigadora Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ En cuanto al debate suscitado, véase Cossío, José Ramón, "La reforma constitucional en materia indígena", *Documento de Trabajo*, número 21, Departamento Académico de Derecho, ITAM, México, 10 de septiembre de 2001.

Asimismo tenemos, según 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, *Derecho y razón*, Madrid, Edit. Trotta, 1997, 863 pp.

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.

² 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

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

Los dos artículos reformados en comento (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 formal³, 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 autonomía, 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"⁴.

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 vulnerables⁵.

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

³ 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 2001, pp. 791 y ss.

⁴ No olvidemos el tema, últimamente muy en boga, relacionado con las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, "Discriminación y genética" en VV.AA. *Memorias de Temas Selectos de Derecho y Salud*, México, Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001 (en prensa).

⁵ 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 Pourvoir*, 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 et Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coord.) *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, 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 1995, núm. 5, pp. 241-251; Prieto Sanchís, Luis, "Igualdad y minorías" *Ibid.* pp. 111-128; Velasco Arroyo, Juan Carlos, "Derechos de las minorías en una sociedad

Una política de protección y preferencial⁶, bien ejecutada, no descarta por un lado, identificar a un grupo, y por otro lado, proteger y dar oportunidades a ese grupo ya amparado⁷.

Se propone, en este trabajo, realizar un recorrido que transite de la Igualdad de trato⁸ 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 positivas⁹ en las que se iguale las condiciones del punto de partida.

Tenemos entonces que:

1. Un trato igualitario, a través del principio de igualdad¹⁰, resulta insuficiente porque no

demócrata multicultural (un esbozo provisional)" *Ibid.*, pp. 361-381; González Galván, Jorge Alberto; Hernández, María del Pilar et Sánchez-Castañeda, Alfredo, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario" en Valadés, Diego et Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, cit., pp. 225-243.

⁶ Cfr., las diversas opiniones mantenidas, en este sentido, en Blackstone, William T. et 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.

⁷ 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. Fina Birulés Bertrán), Barcelona, Buenos Aires, México, Edit. 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", *Ibid.*, mp. 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", *Idem*. 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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 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 VV. AA. Funciones y fines del derecho. Murcia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 12, pp. 543-553; Terol Becerra, M.ª 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; Rey Martínez, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, op. cit.; 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.ª F., *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986; Fernández López, M.ª F.: "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional" en Aparicio, J.; Baylos, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, pp. 5-15; "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*,

todas las personas han tenido las mismas posibilidades de recibir educación, capacitación laboral, etcétera y estaríamos ante una desigualdad, como decimos, del punto de partida¹¹.

2. Una prohibición de discriminación¹², 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"¹³ 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 común¹⁴.

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 sustancial¹⁵, material o de hecho en los resultados, no sólo una mera

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 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, 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, Mº A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.; Giménez Gluck, D., Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995, 138 pp.

¹¹ 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 Parcerio, Juan A. et Vázquez, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 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 añade 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.

¹² "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, Maria José, "A `discriminaçao positiva` no direito interacional e europeu dos direitos do homem", *Documentação e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, março de 1996, p. 16.

¹³ 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.

¹⁴ Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984.

¹⁵ 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,

igualdad formal¹⁶.

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* prohibición de discriminaciones directas e indirectas¹⁷; y una *vertiente objetiva* acciones positivas encaminadas hacia la consecución de la igualdad real.

M^a 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”¹⁸. 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”¹⁹.

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 discriminatorias²⁰:

“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.

¹⁶ 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 Giménez 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 ; Santamaría 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 1995, núm. 5, pp. 329-359; Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “Igualdad y discriminación” artículo publicado en este mismo volumen.

¹⁷ 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, *Igualdad, diferencias ... op. cit. supra*, pp. 29-31.

¹⁸ Barrère Unzueta, M^a Angeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 34.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ 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

programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales²¹ para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas²² 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, etc. en orden a neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades para la consecución de los logros personales²³; la cuestión será la de identificar qué diferencias han de ser jurídicamente relevantes para constituir una discriminación²⁴, teniendo extremo cuidado en el "poder" y "discrecionalidad" que se les da a los jueces encargados de interpretar la llamada cláusula constitucional de igualdad²⁵.

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"²⁶, 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 salvo²⁷.

A través de la *tutela antidiscriminatoria*²⁸, los Estados adoptan acciones positivas

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.

²¹ Artículo 2º, Apartado B, inciso VII.

²² Artículo 2º, Apartado B, inciso II.

²³ Vid., Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, Edit. CES. Colección Estudios, 1994, p. 24.

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

²⁵ Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento", artículo publicado en este mismo volumen.

²⁶ Cfr., Ballestrero, María Vittoria, "Acciones positivas. Punto y aparte", Doxa, España, núm., 19, 1996, pp. 96 y ss. Recomendación 84/635/CEE.

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón ... op. cit. supra*.

²⁸ Destacamos que más que la tutela antidiscriminatoria, "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

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 Administración²⁹.

La tutela antidiscriminatoria³⁰ y las acciones positivas son una forma de diferenciación para la igualdad³¹, bien realizadas a través de los objetivos – *goals*- o cuotas³²:

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

No obstante, la verdadera *acción positiva* se hace con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva³³.

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 selección³⁴. Es un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos³⁵.

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.

las personas de color o más exactamente, negras”, Barrère Unzueta, M^a Angeles, Discriminación antidiscriminatorio ... *op. cit. supra*, p. 35.

²⁹ *Ibid.*, p. 37.

³⁰ Para más información al respecto, véase Rodríguez-Piñero, Miguel et M^a Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación*, *op. cit. supra*, p. 81.

³¹ Vid., Ruiz Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad" en Valcárcel, Amelia (Comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, pp. 77-93, esp. p.79 Cit. por Osborne, Raquel, "Grupos minoritarios y acción positiva..." *op. cit. supra* p. 68.

³² Vid., Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Edit. Yale University Press, New Haven and London, 1991, p. 45. "En el contexto de la Affirmative Action, muchos creen que los objetivos son buenos, pero las cuotas son malas".

³³ Ruiz 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 et Fries Lorena (editoras), *Género y Derecho*, Madrid, Lom Ediciones, pp. 255 y ss. Véase, asimismo, Ballesterro, María Vittoria, "Acciones positivas..." *op. cit. supra* p. 92.

³⁴ Vid., Lamas, Marta, *La perspectiva de género: una herramienta para construir equidad entre mujeres y hombres*, México, DIF, 1998, p. 130.

³⁵ Barbera, Marzia, *Discriminazioni ed egualanza nel rapporto di lavoro*, Milán, Edit. Giuffrè, 1991.

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 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”³⁶.

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 no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (Applicant Flow, Applicant Pool³⁷) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas, la representación necesaria del grupo vulnerable.

- 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.

- Un elemento, asimismo, de educación, de concientización³⁸ hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.

³⁶ Vid., Casa, José Ignacio, Guía didáctica, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), s.f., p. 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.

³⁷ *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 de ir en contra raza. 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.

³⁸ María José Añón los percibe como modalidades de acción positiva. Véase en Añón, María José, *Igualdad, diferencias ... op. cit. supra*, pp. 53-59.

- 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. 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 candidatos³⁹.

IV. ALGUNOS FUNDAMENTOS 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, 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.

El argumento de las acciones positivas es que estamos 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.

³⁹ 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. 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, permítannos, nefasta Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 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 de 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 Kalenke", *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" 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 de 17 de octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke versus Glissmann'", *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 5, 1996.

Se necesita “Discriminar”⁴⁰ 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.

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.

Estos aspectos están relacionados con aquellos beneficios que el Estado debe proporcionar al sector que actúe activamente en favor de estos grupos⁴¹.

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 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.

⁴⁰ 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); que

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.

⁴¹ 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.

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.

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 intencionales⁴², 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 desmantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas"⁴³.

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)⁴⁴

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) se viene a implementar con la prohibición de discriminación (artículo 1º, párrafo tercero Constitucional) 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)⁴⁵ a favor de la igualdad de oportunidades.

3. No olvidemos la aplicación del principio aristotélico, según el cual "parece que la

⁴² Cfr., Paul Ellen Frankel; Miller, Fred D. (jr.) et Paul, Jeffrey (eds), *Reassessing Civil Rights*, Ann Arbor, Mi., Edit. Edwards Brothers Inc., 1991, pp. 80 y ss.

⁴³ Rodríguez, Marcela V., "Igualdad, democracia ... op. cit. supra, p. 253.

⁴⁴ Véase, Taylor, Bron Raymond, *Affirmative Action at Work Law, Politics, and Ethics*, Pittsburgh, Edit., University of Pittsburgh Press, 1991, pp. 5-34.

⁴⁵ Rodríguez, Marcela V., "Igualdad, democracia ... op. cit. supra, p. 256.

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.

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 (eminente pasiva), una política que declara igualdad; abogar, decimos, por una política de acción positiva (eminente activa) que insta 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.