

# Artículo

## **El itinerario jurídico de las acciones positivas a la luz del derecho comparado**

**Verónica de la Rosa Jaimes\***

SUMARIO: 1. A manera de introducción 2. Influencia del derecho antidiscriminatorio norteamericano en el desarrollo de las acciones positivas. 3. Normativa europea. 4. Marco jurídico mexicano. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

### **1. A manera de introducción**

**A** lo largo de la historia de la humanidad el problema de la discriminación ha estado siempre presente; en los últimos años la sociedad ha cobrado conciencia de esta situación, por lo que se ha discutido en diversos foros, del ámbito nacional e internacional, la necesidad de implementar soluciones a dicha problemática; algunas de ellas se han sistematizado de tal manera que conjugan una nueva rama del derecho denominado el derecho antidiscriminatorio, dentro del cual podemos ubicar un mecanismo que pretende acabar con las desigualdades, mismo que la doctrina ha denominado acciones positivas, que se relaciona con diversos temas, como las personas económicamente desfavorecidas, la diferencia de género, la masculinidad del poder, la democratización de la enseñanza superior, etcétera, de ahí su importancia.

La igualdad sustancial, es decir, “el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos”,<sup>1</sup> es el estadio más reciente en el largo camino que ha recorrido el principio de igualdad. Esta igualdad implica, o incluso puede llegar a

\* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

<sup>1</sup> Miguel Carbonell, “Igualdad constitucional”, en Miguel Carbonell, coord., *Diccionario de derecho constitucional*, p. 693.

exigir, la implementación de medidas de acción positiva, las cuales generen prácticas que modifican el aspecto educativo y cultural de la sociedad.

Estas medidas están destinadas a establecer igualdad de oportunidades ante desigualdades de hecho y su objetivo es lograr la igualdad entre un grupo dominante y un grupo en situación de vulnerabilidad. Cabe mencionar que no buscan la igualdad entre los individuos, aun cuando se entiende que al lograr la igualdad sustancial de un grupo, se logra también la de los individuos que lo integran.<sup>2</sup>

Las acciones positivas deben tener los siguientes elementos:

- a) La medida diferenciadora que se refiere a un tipo de desigualdad, que debe ser trasparente e inmodificable para los individuos que la portan, quienes son considerados por la sociedad de forma negativa.
- b) Se reproducen bajo una situación especial de escasez, como es el caso de los puestos de trabajo.<sup>3</sup>

La discusión en torno al tema de la discriminación y la igualdad de género ha encontrado una posible solución en dichas acciones positivas, cuyo desarrollo se puede ubicar en dos flancos muy importantes. El primero se da en Estados Unidos de Norteamérica suscitado por las diferencias raciales. El segundo se presenta en el contexto de la Unión Europea, en el que se acentúan las cuestiones relacionadas con la equidad de género.

Se puede afirmar que el principio de igualdad se rige fundamentalmente por la no discriminación, o bien, la discriminación basada en criterios razonables y justificados. De ahí que un primer acercamiento jurídico al principio de igualdad consista básicamente en determinar la constitucionalidad de un trato desigual, es decir, en trazar los límites entre una diferenciación razonable y una discriminación inconstitucional, lo cual muchas veces no sólo depende de la fundamentación jurídica adecuada, sino de inclinaciones políticas. De entre los tipos de trato desigual existe uno que va cobrando cada vez mayor importancia: la acción positiva, que es un rasgo desigual basado en determinadas características como el sexo o la raza.

---

<sup>2</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci, "Las acciones positivas", en Miguel Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad*, pp. 239 y 240.

<sup>3</sup> Nuria González Martín, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", en Carlos de la Torre, coord., *Derecho a la no discriminación*, p. 350.

Uno de los aspectos más relevantes de las acciones positivas es su carácter grupal, ya que éstas no pretenden terminar con ciertas situaciones de individuos que pertenecen a determinado grupo (normalmente designado por el color de la piel, origen étnico o sexo), sino que lo que intentan paliar es la situación que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo frente a los demás. Sin tener este punto en cuenta carecería de sentido hablar de este tipo de acciones o incluso de derecho antidiscriminatorio.<sup>4</sup>

Se comenzará este artículo con los avances logrados en materia de derecho discriminatorio norteamericano, el cual abarca un espectro más amplio de posibilidades de resolución de los problemas que se derivan de la discriminación. No obstante, dicha situación rebasa los límites del presente trabajo, por lo que el análisis aquí presentado se concretará a explicar la influencia que éste ha tenido en las acciones positivas.

Por lo que respecta al avance que ha tenido esta figura jurídica en la Unión Europea, aun cuando existe una amplia jurisprudencia sobre el tema, destaca el caso *Kalanke* por ser pionero en esta materia, al sentar las bases jurídicas sobre las cuales se desenvuelven las acciones positivas, mismas que sin lugar a duda han sufrido transformaciones y adecuaciones conforme a la realidad jurídica de la normativa europea.

En lo relativo a México, se realizará una aproximación a la evolución del marco jurídico mexicano, con la intención de mostrar los alcances que se han logrado conseguir en nuestro país en materia de acciones positivas. En el último apartado, el lector encontrará algunas consideraciones que agrupan lo reflexionado en el desarrollo del presente trabajo.

## **2. Influencia del derecho antidiscriminatorio norteamericano en el desarrollo de las acciones positivas**

Las acciones positivas nacen al constitucionalismo moderno con la Constitución de la República India de 1949 que, en su artículo 16.4, contiene el mandato de reservar puestos en la administración del Estado a los miembros de una casta secularmente marginada,<sup>5</sup> los *dalits* o intocables,

---

<sup>4</sup> Cf. *ibid.*, pp. 316 y 317.

<sup>5</sup> Los llamados intocables (*dalits*), una clase tan baja que se considera fuera de los *varnas* o grandes castas que son cuatro: los *brāhmanas* (sacerdotes) son la casta más alta, que —según ellos— salieron de la boca de Brama; los *chatrias* (clase político-militar), que

con objeto de compensar, a través del marco jurídico, la discriminación que los intocables sufrían en la sociedad, con la finalidad de lograr una situación más justa.<sup>6</sup>

No obstante, el mayor desarrollo de las acciones positivas se ha dado en Estados Unidos de Norteamérica, donde dicho término apareció por primera vez en la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935, haciendo referencia a la obligación que asumía el empresario que había sido hallado culpable de discriminar a sus empleados que pertenecían a sindicatos, de volver a colocarlos en los puestos que ocuparían si la discriminación no se hubiera producido.<sup>7</sup>

Por lo que respecta a la cuestión racial, la primera aproximación a la corrección de fenómenos de discriminación que se hizo en la administración estadounidense durante la década de los cuarentas y los cincuentas fue del tipo de *color blind*, como se coincide en denominarla, es decir, que no se dé un tratamiento diferenciado a nadie por su raza.

Posteriormente se extendió a la década de los sesentas, donde consolidó como la intervención pública para acabar con el trato discriminatorio y sus efectos, que a lo largo de la historia de Estados Unidos ha sufrido la comunidad de raza negra y las mujeres. Toda vez que la historia había demostrado sin medidas concretas, precisas y obligatorias, las leyes no tendrían las armas suficientes para luchar contra la discriminación.<sup>8</sup>

La primera ley en esta materia, la Ley de Derechos Civiles en los Estados Unidos de 1964, que básicamente pretendía generalizar el derecho al voto y combatir la discriminación centrada en la segregación racial, hacía referencia a cuestiones de género únicamente en lo relativo al empleo. Esta ley contenía un título que prohibía las siguientes acciones:

---

salieron de los hombros de Brama; los *vaisias* (comerciantes, artesanos y agroganaderos), que se formaron de las caderas de brama, y los *sudras* (esclavos), que provienen de los pies de Brahmā. Los hindúes consideran que los *dalits* son tan bajos como el excremento, algo fuera del cuerpo de Brahma.

<sup>6</sup> David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, pp. 15 y 16.

<sup>7</sup> Cf. María Ángeles Martín Vida, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 68, pp. 167-168.

<sup>8</sup> N. González Martín, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", en *op. cit.*, pp. 310 y 311.

1. Que una oficina de empleo omitiera recomendar o se negara a recomendar, para un trabajo, a un individuo por cuestiones de raza, sexo, etcétera.
2. Que un sindicato excluyera por origen étnico, racial, etcétera, o incitara al empleador a excluir a individuos pertenecientes a este grupo.
3. La no admisión en cursos de formación a empleados por raza, sexo, etcétera.
4. Que se presentara recriminación contra una persona por haberse opuesto a una práctica ilícita de empleo o haber presentado acusación.<sup>9</sup>

Esta Ley fue la respuesta a las demandas del movimiento de lucha por el pleno reconocimiento de los derechos civiles a las personas de raza negra, iniciadas en 1954 con la sentencia del caso *Oliver Brown et al. vs. Board of Education of Topeka, Kansas*,<sup>10</sup> y con la que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Norteamericana comenzaba a desmontar la doctrina Separados pero iguales (*separate but equal*) al imponer doctrinas segregacionistas. Con este caso fue evidente que la integración no se lograría rechazando las leyes segregacionistas, ni con la demanda de que las escuelas fueran asignadas atendiendo a criterios no raciales, por ejemplo, dependiendo del distrito al que pertenecieran los estudiantes, ya que eso sólo redundó en segregación *de facto* y la integración se forzó prácticamente hasta que surgió el sistema de cuotas.

En 1971, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos resolvió por unanimidad el caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, señalando que las prohibiciones que establecía el título VII de la Ley de Derechos Civiles no se limitaban a las prácticas que tenían motivo de discriminación, sino que se hacían extensivas a las conductas que se adoptaran sin intención de discriminación pero que tuvieran ese efecto en las mujeres y minorías en ge-

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se declaró inconstitucional la segregación de las escuelas, declarando que tenía un efecto perjudicial entre los niños de raza negra, produciéndoles un estigma de inferioridad psicológica. Sin embargo, el caso Brown trascendió el ámbito escolar, ya que empezaron a abrirse a todos los espacios públicos; anteriormente lo común era la separación en espacios públicos de personas de raza negra y blanca. Además de ser el catalizador de dos leyes del Congreso que dieron el acceso a la población afroamericana a restaurantes, hoteles y el ámbito laboral y que les otorgaron el carácter de una nueva fuerza política. Cf. *ibid.*, pp. 313-315.

neral. La trascendencia de esta sentencia es al reconocer a la discriminación como un fenómeno complejo de carácter sistemático; trata de corregir los desequilibrios raciales y de género en el empleo para evitar futuras acciones de discriminación. Esto dio lugar a numerosos planes de acción positiva, al amparo de la orden ejecutiva 11.246 del Presidente Johnson de 1965, en la que se establecía un doble objetivo, por un lado, dar a todos la posibilidad tanto de desarrollo como de ganar un sustento y, por otro, garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.<sup>11</sup>

En 1972 se publica la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, cuyo texto, que se refiere específicamente a la discriminación racial y de género, constituyó una reforma al título VII de la Ley de Derechos Civiles. Las aportaciones más importantes de esa ley fueron: la aplicación del mencionado título a empresas con más de 15 trabajadores; la extensión de la prohibición de discriminar tanto en las esferas locales y estatales, y nuevas funciones de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (*Equal Employment Opportunity Commission*, EEOC). Esta disposición incorporó la expresión “prácticas o conductas discriminatorias” e hizo referencia a nuevos criterios distributivos que tenían en cuenta el elevado porcentaje de desempleo entre grupos tradicionalmente discriminados y que pretendía corregir esa situación.<sup>12</sup>

En 1974 entro en vigor la Ley para la Igualdad de Oportunidades en la Educación, que estableció, entre otras cosas, métodos desegregacionistas distintos a los que se habían utilizado hasta ese momento para tratar de lograr un equilibrio racial en las escuelas, tales como el transporte de estudiantes de raza negra o blanca a escuelas alejadas de su lugar de residencia, ya que la mayoría de las familias se fueron agrupando cerca de la escuela que correspondía a sus hijos en función de su raza. Lo anterior incidía de manera negativa en el rendimiento de los niños y en

---

<sup>11</sup> A partir de esta resolución se comenzó a gestar la doctrina del “impacto dispar”, que sostiene que si el demandante argumenta el impacto de una práctica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha práctica es justificada. Del igual modo, dieron lugar a la admisión de acciones positivas en el sector privado. Cf. María Ángeles Barrère Unzueta, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción afirmativa versus igualdad de oportunidades”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, pp. 1154-156, y N. González Martín, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en *op. cit.*, pp. 316 y 317.

<sup>12</sup> Cf. N. González Martín, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en *op. cit.*, pp. 316 y 317.

detrimento de la calidad educativa. Posteriormente, a partir de la sentencia *Militen vs. Bradley*, en 1974, los jueces conservadores comenzaron a imponer sus tesis en el sentido de considerar inconstitucional sólo la segregación *de iure*.

En la década de los ochentas, en lo relativo al ámbito público, el Gobierno fijó, en los Lineamientos para Uniformar los Procedimientos de Selección de Empleados, los criterios necesarios para comprobar que los exámenes y las reglas de selección para las contrataciones laborales fueran los correctos. En este mismo sentido, la EEOC elaboró guías de orientación para las empresas privadas que quisieran adoptar de manera voluntaria planes de acción positiva en sus empresas. Por lo que se refiere a la esfera judicial, se utilizaron metas y calendarios como instrumentos judiciales para acabar con situaciones discriminatorias. En el campo privado, los empresarios aceptaron llevar a cabo planes que fijaban una serie de requisitos numéricos mínimos con la finalidad de corregir los desequilibrios existentes entre la composición de su fuerza de trabajo y la del mercado en general.<sup>13</sup>

A finales de esa misma década fue renovada parte de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, dando lugar a un cambio de criterio a través de casos como *PriceWaterhouse vs. Hopkins*, en los que hubo un retroceso significativo al camino recorrido en materia de discriminación indirecta y acciones positivas. Respecto de la primera se alteró tanto el modelo de carga de la prueba como las evidencias necesarias para demostrar la existencia de discriminación indirecta; se estableció que el plazo para impugnar un norma que se considerara discriminatoria corría a partir de que la regla fuera adoptada y no cuando el trabajador fuera despedido, y se restringió la aplicación del concepto de acoso sexual. En lo relativo a los planes de acción positiva se permitió que los trabajadores de raza blanca pudieran impugnar aquellos contenidos en los convenios judiciales (*consent decree*<sup>14</sup>), con independencia de su fecha de aprobación judicial.<sup>15</sup> Asimismo, se estableció un modelo

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>14</sup> Entendiendo *consent decree* como un convenio judicial que expresa un acuerdo de voluntades entre las partes de un juicio y que se utiliza cuando las partes aceptan voluntariamente ceder aquello que la ley les facultaría a reclamar.

<sup>15</sup> "Un *consent decree* no podía afectar a los derechos de personas que no participaron en su elaboración o dieron el visto bueno para su presentación ante un tribunal, por lo que se permitía que cualquier trabajador que se hallase en estas circunstancias pudiera

de revisión judicial para las políticas públicas de acción positiva que implicaran una reserva mínima de plazas a favor de los grupos minoritarios.<sup>16</sup>

Los logros anteriores conllevaron una reforma en materia de derechos civiles: la nueva Ley de Derechos Civiles, aprobada el 21 de noviembre de 1991, con el objetivo de establecer recursos adicionales en caso de discriminación intencional y el acoso sexual en el trabajo. Asimismo, codificó algunos conceptos que daban lugar a interpretaciones ambiguas, tales como “necesidad de empresa o negocio” o “relación con el trabajo”, dándoles un contenido que proporcionara mayor protección a las víctimas de discriminación.

Con esta ley terminaron de consolidarse la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, del impacto dispar, del incremento de indemnizaciones por daños y perjuicios, así como la ampliación de la prohibición de discriminación de los exámenes en el trabajo. Por lo que se refería específicamente a la acción positiva, la Ley se limitó a establecer la legalidad de los recursos ante los tribunales y a limitar el periodo de impugnación de los convenios judiciales.<sup>17</sup> En 1995, la Suprema Corte de Justicia, a través de la sentencia *Adarand Constructors, Inc. vs. Pena*, ratificó el examen del escrutinio estricto como el modelo adecuado para evaluar las políticas públicas de acción positiva.<sup>18</sup>

### 3. Normativa europea

Las primeras normativas en materia de acciones positivas se reciben en Europa en los años setentas, por derivación de las normativas nacionales y de su interpretación por la jurisprudencia constitucional. De manera tangencial surge también en la esfera laboral en lo relativo a la discriminación por razón de género, con una serie de directivas que desarrollan aspectos relacionados con el acceso al empleo, igualdad de salarios, seguridad social, etcétera. Por su importancia cabe destacar la Directiva 76/2007, de febrero de 1976, que refiere a la aplicación del principio de

---

impugnarlo con independencia de su fecha de aprobación”. N. González Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en *op. cit.*, p. 319.

<sup>16</sup> Cf. *ibid.*, p. 318.

<sup>17</sup> Cf. *ibid.*, pp. 319 y 320.

<sup>18</sup> Sobre el examen del escrutinio estricto (*Strict Scrutiny Test*), vid. Verónica de la Rosa Jaimes, “Una aproximación a la noción de igualdad sustancial”, en *Derechos Humanos, México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 3.

igualdad de trato entre mujeres y hombres, específicamente respecto de la formación y promoción de profesionales, así como a las condiciones de trabajo.

Por lo que toca a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,<sup>19</sup> aún cuando habían abordado en ella algunas cuestiones sobre discriminación, no se había resuelto ningún caso sobre medidas de acción positiva hasta el caso Kalanke (1995). Así, la importancia de este caso radica en haber cuestionado la legitimidad de las acciones positivas en la normativa europea.<sup>20</sup> Esta sentencia fue objeto de interpretación por parte de la Comisión Europea, toda vez que el fallo no era lo suficientemente claro e incluso dio lugar a una modificación de la Directiva 76/207.

De conformidad con la Ley del Estado de Bremen sobre la igualdad de mujeres y hombres en la función pública, del 20 de noviembre de 1990, las mujeres con una preparación igual a la de sus contendientes del sexo masculino tienen una prioridad automática en caso de acceso, traslado de puesto o promoción, siempre que estén subrepresentadas en los diversos grados de la categoría de personal de que se trate o en los niveles o funciones previstos en el organigrama.<sup>21</sup> La calificación en relación directa y única con las exigencias del puesto en cuestión; no obstante es posible tomar en cuenta otros factores, como la vida familiar, social o el voluntariado cuando sean de utilidad para el cargo.

El caso Kalanke se refiere a la prioridad garantizada a las mujeres y las condiciones a las que se encuentra subordinada, es decir, la paridad de

---

<sup>19</sup> El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es la institución jurisdiccional comunitaria. Su principal tarea consiste en controlar la legalidad de los actos comunitarios, así como garantizar la interpretación y aplicación uniformes del derecho comunitario. El Tribunal de Justicia ha establecido en su jurisprudencia (desde la sentencia Van Gend & Loos de 1963) el principio del efecto directo del derecho comunitario en los Estados parte, que permite a los ciudadanos europeos invocar directamente las normas comunitarias ante sus tribunales nacionales. Vid. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en [http://www.curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index\\_cje.htm](http://www.curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index_cje.htm), consultado el 22 de agosto de 2007.

<sup>20</sup> Cf. Manuel Atienza, "Un comentario al caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 111-122; Maria Vittoria Ballestrero, "Acciones positivas. Punto y aparte", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 95-102; Alfonso Ruiz Miguel, "La discriminación inversa y el caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 123-139.

<sup>21</sup> De acuerdo con la ley, la subrepresentación cuando en dichos grados y niveles las mujeres no sean al menos la mitad de los empleados en activo.

calificaciones y la subrepresentación. El ingeniero Kalanke y la ingeniera Glissmann, quienes ya trabajaban en ese departamento desde 1973 y 1975, respectivamente, y ambos como técnicos clasificados en el grado III, de acuerdo con el correspondiente convenio colectivo, concursaban para la jefatura de sección del Servicio de Parques y Jardines de la Ciudad de Bremen. La dirección del servicio proponía al candidato de sexo masculino; no obstante, la Comisión de Conciliación, al considerar iguales las calificaciones de ambos candidatos, dio preferencia a la candidata del sexo femenino, en cumplimiento de lo estipulado por la ley antes mencionada.

El señor Kalanke recurre esa decisión ante los tribunales alemanes, bajo el argumento de que no se ha tenido en cuenta la superioridad de su preparación profesional y que dicha ley va en contra de otros ordenamientos superiores, entre ellos la Constitución alemana que consagra el principio de igualdad de trato. El recurso es desechado y el caso llega hasta el Tribunal Federal del Trabajo, donde se acepta su procedencia, mediante el argumento de que el régimen de cuotas de género que establece la Ley del Estado de Bremen es conforme a las normas nacionales, pero plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que decida si la ley contradice el artículo 2.4 de la Directiva 76/207 CEE del Consejo de la, en aquel entonces, Comunidad Europea.<sup>22</sup>

El Tribunal establece en su fallo que “la Directiva se opone a una reglamentación nacional que, como en este caso, acuerda automáticamente, a iguales calificaciones entre candidatos de diferente sexo considerados en vista de una promoción, una prioridad a los candidatos femeninos de los sectores en que las mujeres están subrepresentadas”.

El Tribunal argumentó, en primer término, que el artículo 2.4 de la Directiva constituye una excepción a un derecho individual y que, por lo tanto, debe interpretarse restrictivamente. Sin embargo, “la exigencia de promover la igualdad de oportunidades para corregir desigualdades de hecho no

---

<sup>22</sup> El artículo “comienza por establecer en su primer apartado ‘el principio de igualdad de trato [...] implica la ausencia de toda discriminación basado en el sexo, ya sea directamente, indirectamente o por referencia, especialmente, al estado matrimonial o familiar’; pero, en su apartado 4, permite a los Estados miembros adoptar y/o mantener en vigor las ‘medidas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, remediando las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en los aspectos contemplados en el artículo primero’ (acceso al empleo, incluida la promoción, formación profesional, condiciones de trabajo, etcétera)”. M. Atienza, “Un comentario al caso Kalanke”, en *op. cit.*, pp. 112 y 113.

parece que excepción en el anterior significado, sino que cualifica o sirve para interpretar el sentido apropiado de la exclusión de discriminaciones injustas, que no han de interpretarse restrictivamente, sino correctamente”.<sup>23</sup>

En segundo término, se menciona en la sentencia que la norma del estado de Bremen es discriminatoria, porque garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción que va más allá de una medida de fomento a la igualdad de trato. No obstante, “una preferencia por las mujeres sometidas a dos condiciones graves, como son la igualdad de capacitación y la existencia de subrepresentación en el sector laboral, no es incondicional ni absoluta”.<sup>24</sup>

El tercer argumento es la distinción entre medidas para la promoción de la igualdad de oportunidades y medidas de aplicación de tal igualdad al interpretar del modo más restrictivo posible el mencionado artículo 2.4.

Aún cuando esta sentencia parecería ser un retroceso al terreno ganado por las legislaciones nacionales, no deja de ser trascendente porque a partir de ella comenzó a generarse polémica en tanto en los ámbitos académicos como políticos, lo cual ha llevado a grandes avances en la normativa europea en materia de acciones positivas, en cuestiones como la igualdad de las mujeres, las ayudas de guardería, la facilitación de trabajos de tiempo parcial y horarios flexibles, así como el fomento de cursos de especialización y promoción para las mujeres.

#### **4. Marco jurídico mexicano**

En el caso de nuestro país, el desarrollo de acciones positivas ha surgido en años recientes. La inserción de las mujeres en los diversos ámbitos productivos de la sociedad ha hecho que la nueva investigación acerca de los asuntos de género tenga un papel reivindicatorio respecto de esta parte de la población que ha sido históricamente un sector relegado. Lo cual cobra especial relevancia a raíz de los cambios sociales que ha experimentado nuestro país; un ejemplo claro de ello se encuentra en el ámbito académico, ya que hoy en día más de la mitad de la población estudiantil son mujeres, situación que obliga a replantear los esquemas que se venían reproduciendo años atrás.

---

<sup>23</sup> A. Ruiz Miguel, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *op. cit.*, p. 134.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 135.

La evolución del marco normativo mexicano, en lo que se refiere a acciones positivas, apenas ha comenzado a esbozarse en legislación de reciente expedición, tal es el caso de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Federal para Prevenir la Discriminación.

El 2 de agosto del 2006 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación (DOF) el decreto por el que se expide la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. Esta Ley fue creada con objeto de “regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, así como proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres”. Este ordenamiento puntualiza que la igualdad entre hombres y mujeres implica la eliminación de toda forma de discriminación que se genere en cualquier ámbito de la vida por pertenecer a cualquier sexo. Asimismo, establece sus principios rectores: igualdad, no discriminación y equidad. Su protección se extiende a todos los hombres y mujeres que se encuentren en el territorio nacional.

Dicho instrumento define a las acciones positivas como “el conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres”. No obstante que la doctrina coincide en que las acciones positivas son paliativos de carácter transitorio contra la discriminación, resulta atinado el énfasis que esta Ley ha dado a dicha característica al señalar expresamente que las acciones positivas son “medidas de carácter temporal”, ya que para ciertos sectores de la sociedad podrían implicar consecuencias negativas dados los costos individuales que imponen. Precisamente debido a esta razón, resulta de suma importancia que dichas acciones se utilicen solamente en sectores estratégicos y sus presupuestos sean respetados escrupulosamente, a pesar de la complejidad técnica que ello suponga para quienes las apliquen.

Por lo que respecta a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el DOF el 1 de febrero de 2007, señala la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y la no discriminación como principios rectores que deberán ser observados para la elaboración de políticas públicas. Asimismo, establece que deberá crearse un Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, el cual contendrá, entre otras, acciones para transformar los modelos socioculturales de conducta de mujeres y hombres, incluyendo la formulación de programas y acciones de educación formales y no formales, en todos los niveles educativos y de instrucción, con la

finalidad de prevenir, atender y erradicar las conductas estereotipadas que permiten, fomentan y toleran la violencia contra las mujeres, así como promover la inclusión prioritaria en el Plan Nacional de Desarrollo de las medidas y las políticas de gobierno para erradicar la violencia contra las mujeres.

En lo que toca a la Ley Federal para Prevenir la Discriminación, publicada en el DOF el 11 de junio de 2003, los artículos del décimo al décimo cuarto establecen acciones positivas y compensatorias en favor de la igualdad de oportunidades e identifican medidas por grupos en situación de vulnerabilidad: mujeres, niños, personas mayores de 60 años, personas con discapacidad y población indígena. Estos ordenamientos se complementan con el artículo décimo quinto que establece la obligación de los órganos públicos y las autoridades federales de adoptar las medidas que tiendan a favorecer la igualdad real de oportunidades y a prevenir y eliminar las formas de discriminación; este mismo precepto deja áreas abiertas a la discrecionalidad de los servidores públicos encargados de diseñar los programas. De tal manera que el Consejo para Prevenir la Discriminación puede desarrollarlas y hacerlas específicas al elaborar el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, tomando en cuenta a cada uno de los grupos en situación de vulnerabilidad y a las distintas necesidades de cada región del país. Cabe señalar que a pesar de ser muy limitadas, estas disposiciones significan los mayores avances en materia de acciones positivas en el marco jurídico mexicano.

## **5. Consideraciones finales**

El avance jurídico en materia de acciones positivas ha sido paulatino tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en los países de Europa. El desarrollo en Estados Unidos estribó mayormente en lo referente a la cuestión racial, en tanto que en Europa versó sobre asuntos de género, lo cual lleva a pensar que dichos avances pueden ser retomados para tratar de resolver las problemáticas propias de la discriminación en nuestra legislación.

Se puede concluir que la evolución jurídica de las acciones positivas surge a partir de las aportaciones del derecho antidiscriminatorio norteamericano y se consolida en el derecho comunitario, tanto en su legislación como en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No obstante, en la actualidad la jurisprudencia en Es-

tados Unidos muestra un franco retroceso respecto de la aceptación de las acciones positivas, que sin duda en ese país han producido modificaciones importantes en las pautas culturales, al igual que en Europa, donde éstas han incidido también de manera determinante en los comportamientos sociales.<sup>25</sup>

En el caso mexicano las leyes expedidas en los últimos años, como ya se apuntó anteriormente, han seguido los pasos marcados por la legislación europea en lo que respecta a cuestiones de género. Sin embargo, el trecho por avanzar en lo referente a la discriminación racial es todavía grande, puesto que —aun cuando en nuestro país la problemática es distinta en comparación con los problemas que se han presentado en Estados Unidos de Norteamérica— no cabe duda que en México todavía queda trabajo pendiente en lo relativo a la total integración de algunos grupos, como los indígenas, a la vida nacional.

La función transformadora del derecho tiene que vincularse con la realidad social existente. El camino recorrido en nuestro país hasta este momento respecto de las acciones positivas ha dado pauta para comenzar a crear una sociedad más equitativa en donde las desigualdades no sean tan acentuadas. No obstante, es necesario reconocer que, aún cuando queda un enorme trabajo por delante, poco a poco el legislador nacional ha puesto los ojos en el modo como se resuelven los problemas comunes en el ámbito internacional, lo cual ha servido para acercarse a las soluciones que exige nuestra nación.

## 6. Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, "Un comentario al caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, [España], Universidad de Alicante, 1996, pp. 111-122.
- BALLESTRERO, Maria Vittoria, "Acciones positivas. Punto y aparte", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, [España], Universidad de Alicante, 1996, pp. 95-102.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción afirmativa versus igualdad de oportunidades", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, [España], 2001, pp. 1154-156.

---

<sup>25</sup> A. Kemelmajer de Carlucci, "Las acciones positivas", en *op. cit.*, p. 282.

- CARBONELL, Miguel, "Igualdad constitucional", en Miguel Carbonell, coord., *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa / UNAM, IIJ, 2005.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", en Carlos de la Torre, coord., *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, IIJ, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las acciones positivas", en Miguel Carbonell, comp., *El principio constitucional de igualdad*, México, CNDH, 2003.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 68, [España], mayo-agosto de 2003, pp. 167-168.
- ROSA JAIMES, Verónica de la, "Una aproximación a la noción de igualdad sustancial", en *Derechos Humanos, México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 3, México, CNDH, 2006, pp. 33-51.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La discriminación inversa y el caso Kalanke", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, [España], Universidad de Alicante, 1996, pp. 123-139.