

LAS POLÍTICAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA

EGUZKI URTEAGA

Universidad del País Vasco

I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA POLÍTICA DE RECUPERACIÓN ENTRE GRUPOS DESIGUALES: 1. *Los beneficiarios de la discriminación positiva*. 2. *¿Una política racial?*—III. UNA MEDIDA PREFERENTE: 1. *Las diferentes formas del favor*. 2. *Ayuda o favoritismo*.—IV. UN DISPOSITIVO TEMPORAL: 1. *Los factores de institucionalización*.—V. LOS EFECTOS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La cuestión de la discriminación positiva se singulariza por el papel que ha desempeñado, a lo largo de los últimos años, en el debate público, en ámbitos tan diversos como la igualdad de género, la cohesión territorial, la integración de los inmigrantes o la democratización de la enseñanza. Tanto en el derecho internacional como en las legislaciones nacionales, la discriminación positiva es el instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales. Pretende promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. En la medida en que obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural, supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un verdadero trato preferente. Por definición, este tiene vocación a desaparecer cuando el grupo o los grupos concernidos habrán superado su deficiencia y recuperado su retraso con respecto al resto de la sociedad.

Palabras clave: discriminación positiva, políticas públicas, modelos.

ABSTRACT

The question of affirmative action is distinguished by its role in the public debate, over the years, in areas as diverse as gender equality, territorial cohesion, integration of immigrants or democratisation of education. Both in international law and in national legislations, affirmative action is the key instrument for reducing inequalities between different social groups. It tries to promote greater *de facto* equality or, at least, to guarantee that members of disadvantaged groups face truly equal opportunities. Insofar as it obeys a logic of offsetting differences in economic, social and cultural development, more than just treating people differently, it really means establishing preferential treatment. By definition, it is meant to disappear when its target groups have overcome their problem and caught up on the gap that had separated them from the rest of the society.

Key words: affirmative action, public policies, models.

I. INTRODUCCIÓN

El debate en torno a la discriminación positiva se desarrolla en una cierta confusión, en primer lugar, a propósito de su propia definición. Al menos tres definiciones circulan y se enfrentan mutuamente en el debate público contemporáneo. Según una primera definición, la discriminación positiva se identifica a una técnica: la cuota. El Instituto de Estudios Políticos de París, por ejemplo, explica que su procedimiento geográfico de selección de alumnos provenientes de institutos clasificados en Zonas de Educación Prioritaria (ZEP) no corresponde a la discriminación positiva porque no existe ninguna cuota. Una segunda definición plantea, por su parte, que la expresión no se refiere a una técnica en particular sino que designa a un objetivo político en general: la integración de las personas inmigrantes, de las minorías étnicas, de las mujeres, de los jóvenes o de los discapacitados. Incluye un enfoque de «promoción positiva». Para una tercera definición, que es igualmente la más amplia, la expresión se refiere a cualquier regla de aplicación selectiva. Discriminar positivamente es tratar de manera diferente a aquellos que son diferentes dando más a los que tienen menos. Se toma en consideración una desigualdad de situación o se intenta reducirla.

La cuestión de la discriminación positiva se singulariza también por el papel que ha desempeñado, a lo largo de los últimos años, en el debate público, en ámbitos tan diversos como la igualdad de género, la cohesión territorial, la integración de los inmigrantes o la democratización de la enseñanza. Por último, ciertas personas cuestionan la pertinencia de la propia noción de discriminación positiva. Algunos rechazan utilizar un concepto que conside-

ran importado de Estados Unidos y que conduciría directamente al comunitarismo. Otros hacen valer que la expresión es contradictoria en los términos porque, por definición, una discriminación no puede ser positiva. Otros piensan, por el contrario, que esta expresión es redundante porque una discriminación es a la vez positiva y negativa.

Independientemente de estas valoraciones y discusiones semánticas, tanto en el derecho internacional como en las legislaciones nacionales, la discriminación positiva es el instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales. Pretende promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. Obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural. Por lo tanto, supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un verdadero trato preferente. Por definición, este tiene vocación a desaparecer cuando el grupo o los grupos concernidos habrán superado su deficiencia y recuperado su retraso con respecto al resto de la sociedad.

Las políticas de discriminación positiva pretenden favorecer la recuperación entre grupos desiguales designando a los beneficiarios de dichas políticas que no son necesariamente grupos étnicos o «raciales», especialmente cuando es cuestión de comunidades autóctonas. Se trata de unas medidas preferentes cuyas formas difieren, aunque intervengan en ámbitos similares, y que genera ciertas polémicas para determinar si nos encontramos ante una ayuda o un favor. Para evitarlas, la discriminación positiva avanza siempre de manera disimulada utilizando una terminología que pretende desactivar las críticas. En todo caso, los dispositivos de discriminación positiva se inscriben a menudo en el tiempo, sabiendo que varios factores inciden en su institucionalización: los factores políticos y los factores estructurales que resultan de los objetivos perseguidos.

II. UNA POLÍTICA DE RECUPERACIÓN ENTRE GRUPOS DESIGUALES

En el seno de las políticas de lucha contra las desigualdades, la especificidad de la discriminación positiva no estriba en las técnicas utilizadas sino en la manera según la cual define a sus beneficiarios, ya que la discriminación positiva se basa en el grupo.

1. *Los beneficiarios de la discriminación positiva*

A pesar de la diversidad de las situaciones, se puede proponer la siguiente tipología.

1. En un primer grupo de países, los beneficiarios de las políticas de discriminación positiva conocen un retraso de desarrollo que resulta de un régimen de opresión, a veces multiseccular.

Esta opresión es generalmente constitutiva de la propia historia de la construcción nacional. La reducción a la esclavitud de un grupo social, un sistema de desarrollo separado, una estructura de dominación radical: la historia nacional es inseparable de un fenómeno de opresión que no desaparece con la abolición jurídica, puesto que continúa surtiendo efectos negativos. India, África del Sur y Estados Unidos son las principales figuras de este conjunto de países que están comprometidos en unas políticas de discriminación positiva. Los beneficiarios potenciales de estas políticas constituyen una aplastante mayoría de la población, generalmente superior al 70 por 100 del total.

— Pionera en la materia, India dispone de una Constitución que autoriza desde 1949 la aprobación de dispositivos especiales destinados a promover, según distintas modalidades, el progreso socioeconómico de tres tipos de grupos: las castas registradas, los miembros de unas 250 tribus contabilizadas y los ciudadanos con dificultades sociales y culturales. Estos sectores representan el 15 por 100 para los Intocables, el 7,8 por 100 para las etnias autóctonas y el 52 por 100 para los demás u *OBC (Other Backward Classes)*. Se trata de porcentajes establecidos a nivel nacional cuyo valor, en un país tan plural como India, es simplemente indicativo.

— En África del Sur, las mujeres y todos aquellos que son definidos como «no blancos» bajo el régimen del *apartheid* pueden beneficiarse del sistema de discriminación positiva instaurado por una ley de 1998 aprobada sobre la base de la nueva Constitución promulgada en 1996. Estos sectores forman más del 80 por 100 de la población nacional.

— El caso de Estados Unidos es más complejo. Inicialmente, la Cuestión negra ha precipitado, tras los grandes motines urbanos de los años 1960, la aprobación de las medidas de *affirmative action*. Pero, el dispositivo ha sido extendido de manera casi mecánica a los descendientes de las poblaciones autóctonas, a los latinoamericanos y a los asiáticos, de modo que, hoy en día, los 2/3 de la población se beneficia de dichas medidas.

En este primer grupo de países, las políticas de discriminación positiva han sido aprobadas en un contexto marcado por un riesgo real de desestabili-

zación e incluso de guerra civil. Se refieren a una voluntad de refundación de un pacto social gravemente amenazado.

Las situaciones de descolonización o el deseo de borrar las secuelas de la dominación colonial pueden igualmente incitar a la creación de discriminaciones positivas a favor de los antiguos países colonizados. El caso de Francia es paradigmático puesto que se trata de un país contrario al reconocimiento jurídico de cualquier grupo social. En 1958, mientras que la guerra de independencia de Argelia se habría desatado desde hace cuatro años, se han aprobado medidas destinadas a favorecer el acceso de los ciudadanos de confesión musulmana a ciertos cuerpos de la función pública en los departamentos argelinos. Treinta años más tarde, los Acuerdos de Matignon que han supuesto la paz civil en Nueva Caledonia contenían disposiciones similares. En un contexto político menos conflictivo, la Constitución francesa ha sido revisada, en marzo de 2003, para autorizar la aprobación, por las administraciones de ultramar, de medidas preferentes «a favor de la población autóctona, en materia de acceso al empleo, de derecho al establecimiento para el ejercicio de una actividad profesional o de protección del patrimonio inmueble» (1).

La inclusión de las mujeres en la categoría de los grupos dominados no es evidente. La realidad de la dominación masculina es a menudo negada o minimizada: sus efectos siguen siendo percibidos, en numerosos contextos políticos y sociales, como «naturales». Los estereotipos, expectativas y percepciones sociales que afectan, con disimulo, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres no son considerados como tan inadmisibles como las barreras impuestas al mérito individual por los prejuicios racistas o xenófobos. Además, las mujeres no constituyen un grupo similar a los negros americanos o a los intocables indios, puesto que están presentes en la totalidad de los grupos y categorías. Si algunas categorías de mujeres aparecen, en ciertas circunstancias, como especialmente vulnerables o económicamente desventajadas, esta constatación puede extenderse a las mujeres en general. En Estados Unidos, en India y en ciertos países de la Unión Europea, las mujeres no se benefician de las medidas destinadas a compensar estas carencias y a facilitar su integración en el mundo laboral y en la esfera política.

En esta primera configuración en la cual el grupo al que se dirige la discriminación positiva está históricamente oprimido, las medidas preferentes de las que se beneficia revisten fundamentalmente una dimensión sinónimo de reparación o de compensación. No obstante, una vez lograda la igualdad

(1) Constitution française du 4 octobre 1958. Paris, La Documentation française, 2008, art. 74.

de oportunidades, en la medida en que la sugestión pasada persiste, tienen igualmente una dimensión contra-discriminatoria que se presenta a veces de manera más o menos velada, en referencia a un objetivo de integración, de mezcla o de diversidad.

2. Los pueblos autóctonos constituyen una categoría peculiar de destinatarios de la discriminación positiva. La manera según la cual estos pueblos se encuentran definidos en el ámbito internacional pone el énfasis sobre un rasgo que los distingue de los grupos dominados anteriormente mencionados: la aspiración a administrarse según sus propias reglas y la voluntad de que se les reconozca como pueblos. Esta autonomía normativa es a la vez un rasgo distintivo y una reivindicación política. Aprobada en 1989 y como texto principal dedicado específicamente a los pueblos autóctonos, el Convenio 169 de la Organización internacional del trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales define como indígenas a aquellos pueblos que «descienden de las poblaciones que vivían en el país en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las fronteras actuales del Estado y que, independientemente de su estatuto legal, conservan algunos o el conjunto de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas» (2). De la misma forma, los pueblos tribales concernidos por el Convenio tienen como característica estar regidos por un estatuto «regulado completamente o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes específicas» (3).

En esas condiciones, los derechos reconocidos a las «primeras naciones» aspiran más a reconocer su especificidad cultural y política que a integrarlos, socialmente y económicamente, en la sociedad global. Las medidas preferentes aprobadas a su favor están destinadas a permitirles preservar una identidad colectiva en lugar de recuperar su retraso de desarrollo. Fácilmente observable en los países en los cuales los autóctonos son los destinatarios únicos de la discriminación positiva, esta peculiaridad se manifiesta igualmente en India, Canadá o Estados Unidos. Revela una tensión difícilmente reducible entre las políticas de reconocimiento de los derechos autóctonos y las políticas de discriminación positiva de inspiración claramente asimilacionista.

3. En el continente europeo, emergen como grupos a los que se dirige la discriminación positiva las comunidades provenientes de la inmigración,

(2) CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1989), *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, C 169, Ginebra.

(3) CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1989), *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, C 169, Ginebra.

por una parte, y las minorías nacionales, por otra parte. El primero prospera sobre todo, en el Oeste mientras que el segundo caracteriza a la Europa central y oriental. Estos dos fenómenos se desarrollan en el marco de los derechos supranacionales cuyas fuentes de inspiración se distinguen unas de otras.

La discriminación positiva aparece, en primer lugar, en el marco del derecho comunitario, como un instrumento de lucha contra las discriminaciones. Este derecho, que defiende el respeto del principio de igualdad de tratamiento entre los sexos, ha acabado admitiendo explícitamente la validez de las medidas de discriminación positiva. Efectivamente, desde la revisión de 1999, el Tratado europeo prevé que, «para asegurar concretamente una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, el principio de igualdad de tratamiento no impide a un Estado miembro mantener y aprobar medidas que contemplan ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio de una actividad profesional por el sexo subrepresentado o a prevenir o compensar desventajas en la carrera profesional» (4).

Una evolución similar ha sido iniciada con otras categorías de personas porque el Tratado, desde 1999, prohíbe la discriminación basada en «el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, el hándicap, la edad o la orientación sexual» (5). Sobre la base de esta disposición, dos directivas aprobadas en junio y noviembre de 2000 crean un marco común de lucha contra la discriminación (6). Además de afirmar el principio de igualdad de tratamiento, plantean que este puede ser insuficiente para garantizar la plena igualdad y autorizan los Estados miembros a mantener o aprobar medidas específicas destinadas a prevenir o a compensar desventajas imputables a la discriminación. Las autoridades comunitarias incitan, además, por toda una serie de programas o de financiaciones, al desarrollo de acciones a favor de la diversidad y en contra de las discriminaciones.

(4) Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, *Diario Oficial*, n.º C340 de 10 de noviembre de 1997. El Tratado de Ámsterdam entra en vigor el 1 de mayo de 1999.

(5) Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, *Diario Oficial*, n.º C340 de 10 de noviembre de 1997.

(6) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *Diario Oficial* n.º L 180 de 19/07/2000 págs. 22-26.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *Diario Oficial* n.º L 303 de 02/12/2000 págs. 16-22.

Estas medidas tienen un carácter más incitativo que coactivo. Pero forman un caso único de políticas de *affirmative action* cuya aparición está vinculada al fenómeno migratorio.

La discriminación positiva es también una pieza clave del derecho europeo de las minorías, que, desde la caída del Muro de Berlín, conoce en Europa central y oriental un desarrollo notable. Los tratamientos preferentes a destinación de los miembros de las minorías nacionales están autorizados por los convenios regionales. El Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, entrada en vigor en 1998, prevé en su artículo 4 que «las partes se comprometen a aprobar, si es necesario, medidas adecuadas de cara a promover, en todos los ámbitos de la vida económica, social, política y cultural, una plena igualdad entre las personas que pertenecen a una minoría nacional y las que pertenecen a la mayoría. Toman en consideración las condiciones específicas de las personas que pertenecen a las minorías nacionales» (7). En la misma óptica, un gran número de Declaraciones y Recomendaciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa contienen disposiciones relativas a la protección de las minorías nacionales y reservan un lugar preponderante a los mecanismos de discriminación positiva.

El centenar de acuerdos bilaterales, anexados al Pacto de estabilidad europeo, publicados tras la Conferencia de París de 1995, atestiguan también de la vitalidad de un enfoque complementario del problema: el enfoque bilateral. El caso de Hungría, alumno modelo del derecho europeo en materia de derechos humanos, es representativo de un enfoque que intenta garantizar tanto la inviolabilidad de las fronteras como los derechos de las minorías nacionales. En este país donde las minorías se hallan definidas por la Constitución como componentes constitutivos del Estado, una ley de 1993 garantiza a las minorías gitana, alemana, croata, rumana o eslovaca un cierto número de derechos y de ventajas particulares. Hungría propone además, con una «ley sobre las ventajas» de junio de 2001, facilidades de cualquier tipo a los súbditos de los países limítrofes que declaran ser de nacionalidad húngara. Estas ventajas se refieren al acceso a la enseñanza superior, gracias a un sistema de becas, o a un acceso a la seguridad social, a los servicios sanitarios o al empleo. En la mayoría de los países de la región, el principio de tratamiento preferente de las minorías nacionales para su «Estado-pariente» es igualmente el objeto de una consagración legislativa o constitucional.

(7) CONSEJO DE EUROPA (1995), *Convenio marco para la protección de las minorías nacionales*, firmado el 1 de febrero de 1995 y entrado en vigor el 1 de febrero de 1998.

2. ¿Una política racial?

La acusación de «racismo invertido» dirigida a las políticas de discriminación positiva se encuentra privada, en contextos históricos en los cuales la noción de «raza» no ha servido para justificar la opresión y las masacres, de una gran carga polémica. No obstante, los términos del debate en torno a las «preferencias raciales» se han producido, en todos los países, según modalidades similares.

1. Sea cual sea el nombre que se dé a este fenómeno (raza, casta, tribu, etnia), el grupo que se beneficia de la discriminación positiva es un grupo al que se accede exclusivamente por el nacimiento y del que es imposible deshacerse. La pertenencia a este grupo es una condición necesaria y, en la casi totalidad de los casos, suficiente, para beneficiarse de diversas ventajas denegadas, por definición, a todos aquellos que no pertenecen al grupo al que se dirige la acción. A este rasgo estructural de la discriminación positiva se opone el derecho a la igualdad de tratamiento concebido como un derecho individual: el derecho fundamental de ser juzgado sobre la base de su acción y no de su nacimiento. Los detractores de la discriminación positiva subrayan que los beneficiarios de esta política son definidos a partir de una afiliación impuesta, de un rasgo innato e inamovible que, además, ha servido en el pasado para mantener dicho grupo en un estado de sugestión. En este sentido, socava las bases de una sociedad en la cual el nacimiento deja de ser un principio de jerarquización de los individuos. Es una política de asignación identitaria que postula un determinismo negativo.

A esta perspectiva individualista del problema, los partidarios de la discriminación positiva responden que la toma en consideración del grupo es un mal necesario, un remedio triste y brutal que debe saldar la herencia de un pasado en el cual los derechos estaban diferenciados en función del estatus y del nacimiento. Por esta razón, el juez Thurgood Marshall del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha apoyado un decreto según el cual «debemos permitir a nuestras instituciones que tengan en cuenta la raza cuando eligen a aquellos que, en América, tendrán la influencia, la riqueza y el prestigio. Si queremos un día convertirnos en una sociedad plenamente integrada, una sociedad en la cual el color de la piel no determina las oportunidades ofrecidas a un individuo, debemos aceptar tomar las medidas necesarias para abrir las puertas» (8). En una sociedad marcada por los estigmas de la discriminación institucional, los destinos individuales dependen totalmente del destino colectivo, y una política de reducción de las desigualdades entre los grupos

(8) New York Times, 25 de enero de 1993.

aparece como la condición *sine qua non* para la instauración de una sociedad de individuos. Así, el filósofo americano Ronald Dworkin ha subrayado que esta política destinada al grupo debe entenderse como el instrumento paradójico de la emancipación individual. Efectivamente, «solo la *affirmative action* reducirá, a largo plazo, el sentimiento de frustración y de injusticia de la comunidad negra y permitirá a los negros empezar a pensar como unos individuos capaces, como los demás, de conocer el éxito gracias a sus talentos y esfuerzos» (9).

2. Inherente a las medidas de discriminación positiva, la focalización sobre el grupo genera una segunda serie de objeciones que conciernen, no tanto el principio sino la adecuación entre los medios elegidos y el fin perseguido. No se trata de oponer los derechos individuales a los derechos colectivos sino de criticar la ausencia de cualquier toma en consideración de criterios socioeconómicos en la puesta en marcha de políticas destinadas a reducir las diferencias de desarrollo imputables a la discriminación pasada y presente.

Esta crítica concierne el carácter elitista de las políticas de discriminación positiva. En efecto, la *affirmative action* no intenta luchar contra la pobreza. Se trata de una política de recuperación que se fundamenta en la estrategia «de la locomotora» que consiste en hacer emerger, en el seno del grupo que se intenta integrar en la sociedad global, las élites sociales, económicas y políticas. A propósito de estas, se hace la apuesta de que jugarán un papel motor en el futuro. Por lo tanto, el esfuerzo se centra en las categorías medias y superiores del grupo desfavorecido que se quiere ayudar a alcanzar las posiciones sociales que deberían haber ocupado en ausencia de discriminación. El tipo de prioridades retenidas por las diferentes políticas de *affirmative action* manifiesta claramente esta voluntad de permitir a la élite del grupo que acceda a los centros de poder de los que han sido excluidos hasta entonces: en África del Sur, cesión preferente de participaciones sociales de las grandes empresas mayoritariamente detenidas por blancos y chinos; en India, prioridades de acceso a una función pública tradicionalmente monopolizada por las altas castas; en todos los países, acceso facilitado a las perspectivas de movilidad social abiertas por los centros de enseñanza superior.

El famoso procedimiento del «descremaje», impuesto en 1992 por el Tribunal Supremo indio a los Estados miembros de la Federación (10), confirma, por el contrario, la primacía de la pertenencia al grupo en la determinación de los beneficiarios de la discriminación positiva. Efectivamente, los Estados indios son libres de definir, al lado de las «castas y tribus registra-

(9) D. DWORKIN, *A Matter of Principle*. Oxford, Oxford University Press, 1985.

(10) Tribunal Supremo de India, sentencia Indra Sawhney *versus* Unión India en 1992.

das» que se benefician de la política de reserva, las demás clases con desventaja (OBC) que pueden igualmente pretender a un tratamiento preferente. El Tribunal Supremo, en su Decreto de 1992, ha impuesto la aprobación de criterios destinados a excluir los «pasajeros clandestinos» (11) que, además de pertenecer al grupo prioritario, no necesitan, a título individual, ser ayudados (12). Estos criterios, que varían en función de la situación de los diferentes grupos en cada uno de los Estados, son en parte económicos y en parte sociales. No obstante, el juez constitucional indio, ha anunciado claramente su posición: la regla del «descremage» no es aplicable a las castas y tribus registradas. Lo que constituye estos grupos, no es su situación socio-económica sino su estatus de intocabilidad. Existen en su seno, personas socialmente favorecidas a las que podría aplicarse la regla del «descremage», pero decidieron que no sería así, porque continúan sufriendo por su intocabilidad, de la que la Constitución admite que es una característica distinta del mero estatus socioeconómico. Incluso rico, un Intocable sigue siendo un Intocable.

Los beneficios de la discriminación positiva se dirigen, por lo tanto, a todos los miembros del grupo prioritario sin condiciones. De hecho, es sabido que solamente los más privilegiados tendrán acceso, ya que los demás no tienen vocación a sacar el menor provecho de una política que, de todos modos, no les está dirigida. El caso indio ilustra este desequilibrio de manera especialmente cruel, puesto que los Intocables, que constituyen uno de los tres grupos que se benefician de la discriminación positiva, son, en una gran mayoría, trabajadores agrícolas o agentes de ejecución de tareas consideradas como impuras por la sociedad india. Viven en condiciones de indigencia, a veces extremas, y continúan padeciendo, a pesar de la abolición oficial de la intocabilidad, los efectos de una segregación implacable. Para estos beneficiarios de la discriminación positiva, los puestos reservados a los Intocables en la función pública, la enseñanza universitaria o las asambleas de cargos electos constituyen una simple ilusión. En Estados Unidos, la alternativa a la *affirmative action* y al «Plan Marshall para la América negra», que reclamaban algunos miembros del movimiento para los derechos cívicos, ha sido claramente formulada y decidida (13).

(11) M. OLSON, *La logique de l'action collective*. Paris, PUF, 1965.

(12) Es cuestión de evitar que unas personas que no necesitan ninguna ayuda, por su situación económica, social o política, puedan beneficiarse de unos dispositivos que el Estado indio prefiere reservar a los miembros más vulnerables de los grupos que padecen la discriminación y sus consecuencias.

(13) J. D. SKRENTNY, *The ironies of Affirmative action*. Chicago, University of Chicago Press, 1996, págs. 31-33.

Está demostrado que la reducción de las desigualdades entre grupos se ha acompañado, en todos los países concernidos, por un incremento de las desigualdades internas a los grupos beneficiarios de la *affirmative action*. Los afro-americanos, por ejemplo, formaban hasta el inicio de los años 1960 un grupo social cuyo nivel de cohesión interno, favorecido por la segregación racial, era muy alto. La *affirmative action*, precipitando el advenimiento de una burguesía negra integrada en la sociedad global, ha incitado los nuevos notables a abandonar los barrios negros tradicionales privando el grupo de sus élites y contribuyendo así a la formación de estas amplias concentraciones de pobres que constituyen los ghettos urbanos. Según William Julius Wilson (14), las discriminaciones raciales positivas no representan ninguna solución. Pero, pocos intelectuales norteamericanos proponen sustituir la *affirmative action* por un amplio plan de rescate de los ghettos urbanos devastados por la miseria y la droga. Asimismo, en India, sería mucho más costoso abrir escuelas primarias y secundarias en las zonas rurales en las que viven los Intocables que de reservarles ciertas plazas en las Universidades, sabiendo que no cumplen las condiciones mínimas de admisibilidad.

El objetivo de la discriminación positiva no es reducir las desigualdades sino favorecer la emergencia de una élite, apostando por el efecto llevadero que producirán sobre el resto del grupo los «modelos de identificación positivos» activamente promovidos. El efecto psicológico esperado es aún mayor cuando la exclusión pasada ha sido radical. Así, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha admitido, a título excepcional, la instauración de cuotas de contratación para los «no blancos», en un contexto en el cual podía provocar la supresión de los signos exteriores y visibles de las distinciones raciales todavía en vigor, y dar un impulso a un proceso de desmantelamiento de las barreras, especialmente psicológicas, que han erigido las antiguas prácticas. En la misma óptica, el Tribunal ha dado su asentimiento, en su decisión Grutter *versus* Bollinger de junio de 2003, a la teoría de la masa crítica en virtud de la cual, en una Universidad, la «destrucción de los estereotipos raciales y el progreso de la comprensión interracial» (15) son difícilmente posibles por debajo de un cierto umbral de estudiantes provenientes de las minorías. El Tribunal Supremo americano subraya así una característica esencial de la discriminación positiva: no se trata de una política de justi-

(14) W. J. WILSON, *The bridge over the racial divide: rising inequality and coalition politics*. Berkley, University of California Press, 1999.

(15) Tribunal Supremo de Estados Unidos, Sentencia en el caso Grutter *versus* Bollinger, junio de 2003.

cia social con finalidad redistributiva, sino de una política de recuperación con carácter elitista, centrada en el grupo exclusivamente.

III. UNA MEDIDA PREFERENTE

La discriminación positiva avanza siempre de manera disimulada. Para caracterizarla, los tratados internacionales, las disposiciones constitucionales o los textos legislativos prefieren recurrir a formulas más evasivas y menos brutales: «medidas temporales y especiales», «acción positiva» de derecho comunitario, *affirmative action* de numerosos países anglófonos, o «programas de acceso a la igualdad» del gobierno de Québec. Así, no se puede renunciar a una expresión que caracteriza de manera clara y precisa el fenómeno que pretende designar: una medida cuyo objetivo es positivo (promover una igualdad plena y efectiva) pero que adhiere a la lógica de la discriminación. La discriminación positiva se fundamenta en la toma en consideración de criterios cuyo principio de no discriminación prohíbe la toma en consideración: se contrata un profesor de matemáticas considerando el color de su piel, se nombra un delegado del gobierno porque es musulmán o se reserva una circunscripción a una mujer porque es de sexo femenino.

La preferencia concedida juega en detrimento de los demás competidores que no gozan de esta característica y lo es en función de criterios cuyo uso, en el ámbito considerado, está prohibido jurídicamente. Estos criterios, tradicionalmente utilizados para marginar y excluir, constituyen los fundamentos de una política de integración. Teniendo en cuenta el papel pernicioso que continúan desempeñando en la vida social, se piensa que su uso controlado y positivo permitirá vaciarlos definitivamente de su veneno. En este sentido, la discriminación positiva quiere ser un contra-veneno. Consiste en crear jurídicamente una discriminación, para reequilibrar, en los hechos, situaciones de desigualdad estructural entre diferentes grupos sociales.

1. *Las diferentes formas del favor*

Las preferencias concedidas a los numerosos grupos beneficiarios de la discriminación positiva intervienen en ámbitos similares en todos los países, puesto que se trata, en todos los casos, de facilitar su acceso a los recursos necesarios para asegurar su desarrollo socioeconómico. Estos recursos están constituidos por el empleo, el capital, la propiedad, la educación superior y, en algunos casos, los cargos electivos. El ámbito de aplicación de la discri-

minación positiva varía en función del nivel de influencia ejercido por el Estado sobre los diferentes mercados que rigen el reparto de los recursos. Sucede lo mismo con la amplitud de las preferencias concedidas. Se pueden distinguir dos categorías según el hecho de que los miembros del grupo favorecido se benefician de una verdadera suspensión de las reglas de competencia o de una simple ordenación de estas.

1. *La suspensión de las reglas de competencia.* Estas reglas están puestas entre paréntesis, puesto que solamente los miembros del grupo favorecido están admitidos a concurrir: la competencia no ha desaparecido sino que solamente existe entre estas personas. El repertorio de las técnicas disponibles es relativamente amplio:

— La técnica del puesto reservado: empleada sobre todo en la función pública o en materia electoral, consiste en sustraer a la competencia un cierto número de plazas a las cuales sólo los miembros del grupo desfavorecido podrán pretender. Es el caso de países tales como Colombia, Hungría o Nueva Zelanda que reservan a las minorías étnicas o nacionales un cierto número de escaños en el Parlamento. Sucede lo mismo en India donde la política de discriminación positiva se identifica, en los sectores del empleo y de la enseñanza superior pública, a una política de plazas reservadas.

— La técnica de la cuota: difiere de la del puesto reservado en la medida en que los bienes concedidos a los miembros del grupo favorecido no están predeterminados. Se fija, simplemente, para conceder más flexibilidad al dispositivo y al volumen global. En Estados Unidos, por ejemplo, en el sector de las infraestructuras públicas, que es el único sector en el cual las cuotas están admitidas, el Estado federal impone que una parte de la cuantía de los contratos públicos debe estar reservada a los miembros de un grupo etno-racial que se beneficia de la *affirmative action*. Pero, el tipo de trabajo que debe ser subcontratado es dejado a la libre elección de la administración.

— Las técnicas de la oposición propia: consiste en reservar a los miembros del grupo favorecido una vía de acceso especial a unos bienes sobre los cuales no gozan de ninguna prioridad. La parte de los bienes que conseguirán obtener por esta vía no está determinada de antemano. Se trata simplemente de no comprometerlas en un juego en el que no tienen ninguna oportunidad de ganar. Los convenios ZEP concluidos en 2001 por el Instituto de Estudios Políticos de París ofrecen un buen ejemplo de este tipo de discriminación positiva. Consisten en reservar a los candidatos provenientes de algunos institutos (7 centros en 2001 y 56 hoy en día), una vía de acceso adaptada que selecciona los futuros alumnos en función de criterios específicos adecuados a sus supuestas carencias (menor conocimiento de las lenguas extranjeras y menores referencias culturales y escolares).

Sea cual sea la técnica utilizada, la cuestión crucial en términos de aceptabilidad social es la rigidez. Tratándose, sobre todo, de puestos reservados o de cuotas, la posibilidad de no respetarlas de manera ciega está generalmente asumida. Gracias a una justificación clara o a unos recursos financieros, es posible abstraerse de una obligación considerada como demasiado coactiva. Semejante válvula aparece como una necesidad: sería absurdo obligar a una empresa o a una administración a proveer a toda costa los puestos reservados o a alcanzar objetivos cuantitativos. Pero, las diferentes vías que permiten exonerarse de la cuota corren el riesgo de reducir de manera notable el más ambicioso dispositivo de discriminación positiva. En India, por ejemplo, las plazas en la Universidad reservadas a los Intocables no están ocupadas en la mayoría de los casos. Por su parte, los principales partidos políticos galos han demostrado que una alternativa de tipo *pay or play* podía vaciar una ley electoral paritaria de su sustancia.

2. *La adaptación de las reglas de competencia.* Los beneficiarios de las medidas de discriminación positiva están en competencia con el conjunto de los competidores, pero se encuentran ubicados en unas condiciones más favorables. Todos participan en la misma carrera, aunque se trate de una carrera de hándicaps. Existen dos configuraciones:

La preferencia desempeña un papel antes de la puesta en competencia. Puede tomar diversas formas:

— La forma de la dispensa de una o de varias condiciones requeridas para participar en la competición.

— La forma de un esfuerzo particular en dirección de los miembros de un grupo desfavorecido al que se manifiesta por diferentes vías que son esperados, bienvenidos y deseados. A lo largo del invierno de 2003, «Jamel, Maria, Kim y Maimouna» estaban avisados por carteles, en la ciudad de Montreal, de que la policía estaba buscándolos. El anuncio les proponía convertirse en policías, precisando que la oferta se dirige esencialmente a las minorías visibles (negros, asiáticos, árabes) y a los autóctonos. Este tipo de discriminación positiva, muy valorado en Canadá y Reino Unido, constituye un retorno a los orígenes de la *affirmative action*, que, en Estados Unidos, durante los años 1960, designaba los esfuerzos realizados por las empresas para suscitar la candidatura de hombres y mujeres convencidos por décadas de segregación institucional que eran incompetentes, indignos y estaban condenados al fracaso.

— La forma de una garantía de participación en el procedimiento de selección: una cuota puede ser prevista aunque sea imposible en el estudio de las candidaturas porque el seleccionador es libre de tomar la decisión que considera oportuna. Este sistema está preconizado, a favor de las mujeres,

por el Tribunal de justicia de la Comunidad europea, que subraya que «no implica la consecución de un resultado definitivo sino que ofrece oportunidades adicionales a las mujeres cualificadas para facilitar su entrada en el mundo laboral» (16).

La preferencia juega después de la puesta en competencia, es decir en el momento de la selección a propiamente dicho. Excepto en raras ocasiones, los criterios de evaluación específicos aplicados a una misma prestación no existen: es considerado como chocante y políticamente incorrecto aplicar abiertamente, durante una oposición por ejemplo, un sistema de evaluación de los méritos desigual. El resultado global alcanzado efectivamente por la empresa o la institución comprometida en una política preferente podrá, sin embargo, ser sancionado positivamente o negativamente. Ninguna de estas técnicas es, como tal, propia a la *affirmative action*. En Francia, por ejemplo, la técnica del puesto reservado es ampliamente utilizada, pero no constituye el instrumento de una política de recuperación entre diferentes grupos. Las oposiciones internas de la función pública, los empleos prohibidos a los extranjeros o los empleos reservados en el sentido estricto del derecho de la función pública son las ilustraciones de una misma técnica. Se percibe que no puede ponerlo al servicio de objetivos muy diferentes. Pero, cuando es erigida en piedra angular de una política de recuperación entre grupos desiguales y que define en consecuencia sus destinatarios a partir de su pertenencia al grupo prioritario, la discriminación positiva consiste en crear jurídicamente una desigualdad, para promover, en la práctica, la igualdad. El Tribunal de justicia de la Comunidad europea la ha caracterizado como una medida de apariencia discriminatoria que pretende favorecer especialmente un grupo de individuos, con el fin de eliminar o de reducir unas desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad de la vida social (17).

2. Ayuda o favoritismo

En la totalidad de los contextos políticos donde ha sido puesta en marcha, la discriminación positiva despierta una objeción que consiste en oponer el mérito y el favor. Esta objeción, allá donde el reparto meritocrático de los bienes aparece como un logro revolucionario que consagra a la vez la primacía del individuo y la victoria del liberalismo político, surge de nuevo.

(16) Georg Badeck / Land du Hesse, del 28 de marzo de 2000.

(17) Eckhard Kalanke / Freie Hansestadt Bremen, del 17 de octubre de 1995.

1. El desarrollo de la «objeción meritocrática» supone en general la movilización de dos figuras que se enfrentan una con otra.

— La figura de la víctima inocente de una discriminación contraria. A recursos constantes, la ventaja concedida a unos se ejerce efectivamente necesariamente en detrimento de los demás. Cuando el prejuicio causado es directo e individualizable, las tensiones inherentes a la discriminación positiva en tanto que favorece los miembros de un grupo se manifiestan de manera aguda. Dicho de otra forma, se debe elegir entre la legítima reivindicación de un Negro que pide que se le conceda una preferencia como compensación de los años y siglos de sufrimiento y la reivindicación, tan legítima, de un Blanco que no quiere pagar para unos crímenes de los que no es directamente culpable. No obstante, esta manera de plantear el problema es recusada por aquellos que distinguen entre el hecho de ser responsable de la discriminación pasada y el mero hecho de haberse beneficiado de ello. Argumentan que los empleados blancos de una empresa en fase de integración racial, que eran ayer los «beneficiarios inocentes» de prácticas discriminatorias, deben inevitablemente pagar el precio de las medidas, preferentes o no, que buscan borrar las consecuencias de la discriminación pasada.

— La figura del incompetente que, sin la discriminación positiva, nunca ocuparía el puesto que ocupa. Esta figura se presenta en general bajo dos perfiles distintos: el perfil de apariencia objetiva de un ataque al interés general (bajada de la productividad de una empresa, del nivel de una Universidad, de la calidad de un servicio público); y el perfil más subjetivo del estigma o de la inferioridad opuesta por la discriminación positiva a su beneficiario presentado como un asistido, un huérfano incapaz de contar sobre sus propias fuerzas. En estas condiciones, se percibe la importancia que reviste el control jurisdiccional aplicado a estas medidas: incumbe al juez averiguar que el favor concedido no disimula un favoritismo.

2. Uno de los objetivos del marco jurídico en el cual se ubica la discriminación positiva es responder a esta doble crítica. Este marco no es universal puesto que la instauración de medidas preferentes destinadas a mejorar la situación de los grupos con desventaja se omite a propósito de las condiciones cuyo contenido, formulación y severidad varían de un país a otro. Semejantes disparidades, en referencia a los ejes principales que estructuran el conjunto del derecho de la discriminación positiva, aparecen sin embargo, como relativamente menores. La lectura de los textos más recientes, como la ley sur-africana de equidad en el empleo aprobada en agosto de 1998 o la ley quebequesa de abril de 2001 sobre el acceso a la igualdad del empleo en los organismos públicos, atestiguan de un verdadero fenómeno de «capitalización de los logros»: entre India, África del Sur, Estados Unidos y Canadá, tierras

de elección de la discriminación positiva, las soluciones circulan, se adaptan y se transforman. Los Tribunales supremos de estos países, llamados a interpretar textos constitucionales muy diferentes, no dudan en inspirarse abiertamente unos de otros. El Tribunal Supremo indio, por ejemplo, que ha desarrollado desde 1951 una jurisprudencia tan creativa como sutil, no desdeña analizar durante un largo período los razonamientos elaborados por su homólogo norteamericano. En Europa, el Tribunal de justicia de la Comunidad europea saca de manera mucho más selectiva elementos de la caja de herramientas americana, a pesar de que proponga soluciones similares en lo que se refiere a la igualdad de género.

Cuatro condiciones, diferentemente jerarquizadas de un sistema a otro y aplicadas con un rigor variable, forman la base del régimen jurídico de la discriminación positiva:

— *La preferencia no debe ser permanente*: puede intentar reducir una subrepresentación o un «desequilibrio racial o sexual manifiesto», pero jamás mantener un reparto preestablecido entre miembros de diferentes grupos. Teóricamente, los objetivos cifrados que se fija la empresa o la institución concernida están combinados con un calendario y dan lugar a una evaluación periódica que toma en consideración unos obstáculos a los que se enfrenta y que valoriza tanto el esfuerzo consentido como el resultado alcanzado.

— *La preferencia no debe ser excesiva*. Aplicando una forma u otra de control de proporcionalidad, el juez evalúa el carácter excesivo del ataque a los derechos o intereses de los individuos que, en la medida en que no pertenecen a un grupo favorecido por la medida preferente, están condenados a padecer las consecuencias de su puesta en marcha. Así, el juez indio ha decidido limitar al 50 por 100 el volumen global de los puestos reservados en la función pública, subrayando que las plazas reservadas a las comunidades inferiores no deben alcanzar una proporción excesiva que supondría un perjuicio para las aspiraciones legítimas de las demás comunidades (18). En la misma perspectiva, la ley quebequesa de 2001 encarga a una Comisión de los derechos de la persona garantizar el «carácter razonable» de los objetivos cuantitativos que se fijan las administraciones en materia de contratación de mujeres y de miembros de una minoría visible.

A un nivel más cualitativo, algunos daños padecidos por los individuos no preferentes son considerados como excesivos universalmente, a la imagen de la pérdida de empleo. El despido, porque hace soportar a algunos individuos la totalidad de los sacrificios consentidos para la consecución de la

(18) Tribunal Supremo, sentencia Devadasan de 1963.

igualdad racial (19), ofrece un buen ejemplo del prejuicio considerado como inaceptable. La totalidad de las jurisdicciones consideran igualmente que los miembros del grupo no preferente no deben estar absolutamente excluidos de la competencia. Sin embargo, este principio aparentemente claro da lugar a aplicaciones relativamente inesperadas. Así, el Tribunal de justicia de la Comunidad europea ha realizado una distinción entre los procedimientos de acceso a un empleo, de las que los hombres nunca pueden ser descartados de manera absoluta, y el acceso a una formación profesional, que puede estar reservado a las mujeres (20). Paradójicamente, el Tribunal se ha fundado, para proponer esta solución, en la distinción entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades.

— *La preferencia debe ser flexible.* La cuota estricta está generalmente prohibida, excepto en la contratación impuesta por un juez con el fin de reorganizar una institución o una empresa profundamente marcada por prácticas segregativas pasadas y presentes. En la mayoría de las demás situaciones, la preferencia concedida debe acompañarse de una flexibilidad, cuando el origen étnico y el sexo aportan un valor añadido en la evaluación de las candidaturas individuales (21). En el lenguaje del Tribunal de justicia europeo, la preferencia no debe ser ni incondicional ni automática, sino combinada con una cláusula de apertura que garantiza a los candidatos masculinos que «la candidatura es el objeto de una valoración objetiva que toma en consideración todos los criterios relativos a los candidatos y descarta la prioridad concedida a los candidatos femeninos cuando uno o varios criterios hacen inclinar la balanza a favor de un candidato masculino (22).

— *La preferencia no debe ser exclusiva:* la pertenencia al grupo jamás puede ser el único criterio de concesión de bienes sustraídos a las reglas normales de la competencia. Lo que está en juego es preservar el funcionamiento competencial o meritocrático de los diferentes dominios en los cuales interviene la discriminación positiva. Con esta finalidad, se puede intentar limitar el ámbito de aplicación de las políticas preferentes. Es precisamente lo que ha hecho el Tribunal Supremo indio, decidiendo, en 1992, que la práctica de los puestos reservados, admisible en materia de contratación en la función pública, está excluida por un cierto número de servicios (investigación y desarrollo, defensa nacional, aeronáutica) y, sobre todo, no puede jamás

(19) Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Wygant del 19 de mayo de 1986.

(20) Tribunal Supremo, sentencia Badeck del 20 de marzo de 2000.

(21) Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Bakke del 28 de junio de 1978.

(22) Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Marschall del 11 de noviembre de 1997.

jugar un papel en materia de promoción interna: una vez admitida en las diferentes administraciones, los miembros de los grupos preferidos deben medirse a los demás según reglas comunes. De manera menos radical, se intenta reconciliar el criterio de pertenencia al grupo y el criterio de competencia. El abanico de las soluciones nacionales está ampliamente cubierto. En algunos casos, la prioridad es concedida a los miembros del grupo preferente a partir del momento en que tienen la calificación suficiente para poder ocupar el puesto: el mérito está valorado de manera absoluta y no relativa. En esta segunda hipótesis, se admite la discriminación positiva tanto con competencias iguales entre los postulantes como con competencias desiguales, con la condición de que la diferencia de calificación no sea excesiva.

La objeción meritocrática dirigida a las medidas preferentes es, por lo tanto, tomada en serio y el marco jurídico en el cual se inscribe la discriminación positiva intenta conferir al dispositivo un carácter lo más competitivo posible: 1) la preferencia interviene a competencias iguales, globalmente equivalentes, o, por lo menos, mínimas, 2) se excluye totalmente el respeto incondicional de un objetivo cifrado, 3) el dispositivo debe ser el objeto de una evaluación periódica y, 4) el juez garantiza que el daño padecido por los miembros de los grupos no preferentes no sea excesivo. Este marco jurídico trata de garantizar que la medida de apariencia discriminatoria se analiza como una discriminación positiva, es decir que se distingue radicalmente, por su inspiración y sus condiciones de puesta en marcha, de la discriminación ilegítima y arbitraria que pretende oprimir, excluir y humillar.

IV. UN DISPOSITIVO TEMPORAL

Uno de los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Harry Blackmun, considera que, «nadie más que él espera que un día, al término de un período de desigualdad transitoria, los Estados Unidos alcanzarán una fase de madurez donde los programas de *affirmative action* no serán necesarios» (23). El carácter temporal de la discriminación positiva es inherente a su propia definición y a su estatus derogatorio del derecho ordinario de la igualdad. La desaparición programada de la discriminación positiva, aceptada a nivel teórico, no se produce en la práctica. Efectivamente, se observa que estas políticas transitorias, allá donde están puestas en marcha, han acabado enraizándose de manera duradera. La experiencia india de dispositivos

(23) H. A. BLACKMUN, *Important decisions*, Supreme Court Collection, Cornell University Law School.

preferentes instituidos para un período de diez años pero reconducidos sistemáticamente, demuestra que la inclusión explícita de una fecha límite no previene contra este movimiento ineluctable de institucionalización.

1. *Los factores de institucionalización*

La institucionalización de la discriminación positiva se traduce por su inscripción en el tiempo pero también por una extensión continua a nuevos grupos de beneficiarios o a nuevos ámbitos de actuación, tales como los medios de comunicación o la política. Dos series de factores permiten explicar semejante movimiento.

1. Sus aspectos políticos, a pesar de las diferencias entre las situaciones nacionales, juegan de manera similar.

— Desde el punto de vista de los grupos beneficiarios, la dimensión más espontánea es la del interés bien entendido, que incita estos grupos a percibir, o por lo menos a presentar, los tratos preferentes concedidos como verdaderos derechos conquistados. Una evolución de este tipo, observable a propósito de cualquier política que reparte ventajas y beneficios, es acelerada o confortada, en el caso de la discriminación positiva, por la fuerte demanda de justificación que genera. Los beneficiarios de las medidas preferentes deben efectivamente defender su posición contra aquellos que les acusan de sacar, a título individual, una renta del sufrimiento inflingido en el pasado al grupo en su totalidad. Sospechados de aprovecharse del sistema, los beneficiarios de la discriminación positiva deben además establecer, contra las pretensiones de otros candidatos potenciales, la especificidad de la opresión que han padecido, y, por lo tanto, la prioridad de su derecho a obtener reparación. Inherente a cualquier política que imputa el subdesarrollo actual de un grupo la discriminación que ha padecido en el pasado, la sobrepuja victimaria es un factor de extensión y de institucionalización de la discriminación positiva.

— Las reglas de funcionamiento del sistema político hacen improbable la recomposición periódica de la lista de los beneficiarios de las preferencias compensadoras. En India, por ejemplo, una Comisión consultiva para la revisión de las listas de castas y tribus registradas está encargada desde 1965 de evaluar los efectos de la política preferente sobre la situación respectiva de los diferentes grupos. Es de su responsabilidad proponer regularmente la inclusión de nuevos beneficiarios así como la inserción de grupos que han realizado un esfuerzo que se considera satisfactorio. Se observa que, desde 1969, las propuestas de la Comisión han desembocado sistemáticamente en

hechos en cuanto al primer punto pero nunca en referencia al segundo. La aritmética electoral incita los cargos electos a preferir la expansión al reflujo.

Sin embargo, el coste político de la discriminación positiva puede aparecer, en ciertas circunstancias, muy elevado. Cuando el cuestionamiento de los tratos preferentes se traduce en inmolaciones en serie, en motines sangrientos y en caídas de gobiernos; cuando, de manera más pacífica, se manifiesta por referendos de iniciativa popular que expresan un rechazo masivo a la *affirmative action*, la incapacidad de las democracias a interrumpir unos programas provisionales impopulares genera cierta perplejidad. La explicación se tiene que buscar en las estrategias electorales que se despliegan en un sistema político pluralista, estructurado en torno a coaliciones de intereses generalmente precarias y reversibles. Las políticas preferentes basadas en la pertenencia etno-racial ofrecen, en semejante contexto, una ventaja decisiva para los actores del juego político: les permiten apoyarse en clientelas electorales estables y homogéneas. El descontento que acaban generando estas políticas, en la medida en que consolida la polarización racial del ámbito político, contribuye a garantizar su continuidad: la discriminación positiva ha sido erigida a lo largo del tiempo en el emblema de una política de justicia social a favor de las minorías y el coste simbólico de su desmantelamiento es considerable.

2. Intervienen igualmente, en el movimiento de institucionalización de la discriminación positiva, factores estructurales que resultan de los objetivos perseguidos.

Por una parte, como política de recuperación entre grupos económicamente desiguales, la discriminación positiva se fija un objetivo del que se podría pensar que es fácilmente cuantificable: la recuperación se produce cuando los indicadores socioeconómicos considerados como pertinentes en una sociedad determinada muestran que se ha conseguido la ansiada paridad. El problema de la cuantificación estadística de la igualdad entre grupos, en la medida en que supone que la cuestión del grupo está resuelta, es simple únicamente en apariencia. Dos ilustraciones permiten poner de manifiesto los retos inherentes a la elección de un agregado estadístico pertinente. Más allá del problema de la elección del nivel de análisis pertinente, la medida del progreso realizado por los diferentes grupos es un ejercicio más complejo en la medida en que intenta evaluar el papel desempeñado por los diferentes tratamientos preferentes. ¿Una burguesía negra hubiese podido desarrollarse sin las políticas de *affirmative action*? ¿Este proceso se hubiese producido en los mismos sectores, al mismo ritmo y en las mismas condiciones? Estas preguntas revisten retos políticos cuyo carácter polémico explica la cautela con la que se realizan investigaciones sobre estos temas. La evalua-

ción objetiva de los resultados concretos de la discriminación positiva, tanto en Estados Unidos como en otros países, sigue siendo muy fragmentaria, y los escasos resultados publicados desencadenan vivas controversias (24).

Por otra parte, paralelamente a esta objetivo de reducción de las desigualdades entre grupos, las políticas de discriminación positiva desean igualmente compensar una discriminación ilegal pero persistente porque inscrita en la mentalidad y el funcionamiento de las instituciones. Se trata de disolver los prejuicios y los estereotipos negativos legados por un pasado de opresión. La perspectiva de un desmantelamiento del dispositivo se hace más lejana. El problema no estriba en la elaboración de un instrumento de medida que permita evaluar el progreso realizado y el camino que queda por recorrer.

Los múltiples obstáculos opuestos, a lo largo del año 1960, a la empresa de desegregación escolar ordenada en 1954 han demostrado que no es suficiente inscribir en los textos el principio de igualdad de trato. En un ámbito en el cual la imaginación no tiene límites, aparece en Estados Unidos a partir de 1971 que una discriminación del hecho discriminatorio centrada en la situación y el comportamiento de los actores individuales no permite desmantelar las prácticas de exclusión mejor disimuladas. Un juez americano, para poner de manifiesto este tipo de discriminaciones, ha decidido descentrar la perspectiva, considerando que un desequilibrio estadístico entre grupos es suficiente para constituir una presunción de discriminación. En este sentido, la noción de discriminación indirecta manifiesta un verdadero cambio de perspectiva.

Esta noción somete a la ley las diferencias de trato que, irreprochables en teoría, generan desigualdades en la práctica. Se establece una presunción de ilegalidad en contra de una medida, de una práctica o de un criterio aparentemente neutral, en la medida en que afecta a una proporción superior de mujeres que de hombres y que es susceptible de suponer una desventaja particular para las personas de un origen étnico determinado con respecto a otras personas. Para hacer desaparecer la presunción de ilegalidad, una justificación objetiva de su utilización deberá ser desarrollada. La discriminación no está definida solamente por un acto puntual e institucional: es identificable objetivamente, independientemente de las intenciones y de los motivos de los actores. En el mercado laboral, por ejemplo, deviene posible analizar los mecanismos que conducen a la etnicización o a la feminización de algunas tareas, sometiéndolas a la valoración de un juez que analiza los efectos prác-

(24) H. HOLZER y D. NEUWARK, «Affirmative action: What do we know?», *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 25, 2006, págs. 463-490.

ticos de una ley, de un reglamento interior o de unos procedimientos de contratación de una empresa.

La relación entre la discriminación positiva y la discriminación arbitraria cambia del todo: lo que aparecía como un paréntesis, un mal necesario o una derogación puntual, se impone como una medida de reparto adecuado y una técnica profiláctica idónea. Las necesidades prácticas de la lucha contra las discriminaciones han conllevado un verdadero cambio de perspectiva, y la institucionalización de la discriminación positiva constituye la culminación lógica de un movimiento.

V. LOS EFECTOS DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Allá donde se ha institucionalizado, la discriminación positiva ha conocido una verdadera mutación. Ya no se define como una política de integración, un dispositivo transitorio destinado a poner a nivel unos grupos injustamente mantenidos en una posición de desventaja relativa. Tampoco es un medio destinado a desaparecer una vez alcanzado el resultado deseado. Se convierte en un fin o en un elemento estructural de la organización política y social. Se asigna un nuevo objetivo a las políticas de discriminación positiva: garantizar, en nombre de un principio de diversidad, una representación equitativa de los grupos minoritarios. En esta mutación, se pueden realizar varias lecturas. Tres de ellas insisten más específicamente sobre una característica del tipo de sociedad en el que desemboca la consolidación de las políticas de discriminación positiva.

1. Este modelo de sociedad se fundamenta en una ingeniería etno-racial y sexual. Los autores que insisten sobre este rasgo de las sociedades, en las cuales la discriminación positiva se ha institucionalizado, no pretenden añadir un nuevo artículo a la lista de los efectos perversos de la discriminación positiva, sino que desean poner de manifiesto un dato estructural necesario a su aplicación. Todo el dispositivo se basa efectivamente en el concepto de «desequilibrio estadístico» entre grupos, o, más precisamente, de subrepresentación de un grupo determinado. Esta afirmación, exacta desde el punto de vista de la técnica jurídica, es válida para la filosofía de la igualdad subyacente a las políticas de discriminación positiva: el grupo constituye la unidad de referencia y la igualdad a la que aspiran se parece a una paridad estadística.

En esta perspectiva, la evaluación cifrada de las disparidades entre grupos está llamada a jugar un papel relevante en distintos niveles. Más que una simple operación de recogida de datos, esta evaluación activa, llamada *mo-*

nitoring, recubre una misión de vigilancia de los procesos discriminatorios y de sus efectos. Consiste en observar pero también en hacer saber a todos los actores sociales y económicos que están observados y a difundir ampliamente los resultados del análisis. Se ejerce de manera continua, aplicándose más especialmente, según la técnica del *benchmarking*.

Los datos así producidos permiten poner en perspectiva los elementos cuantificados recogidos a nivel de una administración, de una empresa, de una asamblea o de una Universidad. Todos están invitados a actualizar el registro de su composición etno-racial y sexual, procediendo al juzgado o invitando los miembros a declarar su identidad etno-racial. Comparados con la zona de empleo o la población de referencia, estos datos son valorados haciendo abstracción de los eventuales efectos de estructura que podrían reflejar. Así, la ley sur-africana de 1998 impone a las empresas privadas transferir a la administración, cada dos años, un informe de unas diez páginas que presentan la ventilación de sus asalariados por etnias y sexos y, sobre todo, detallando su reparto por categorías de empleo, así como los movimientos que les afectan. En Francia, este esfuerzo de transparencia y de conocimiento de sí mismo se impone a las empresas a propósito de la situación respectiva de los hombres y de las mujeres que componen su mano de obra.

No se trata de vigilar para castigar sino de asegurar que los diferentes grupos gozan de una representación equitativa. La inspiración reparadora de la discriminación positiva se ha atenuado en la medida en que la discriminación positiva se ha ido institucionalizándose: debería desembocar sobre un mecanismo de reequilibrio constante de la situación de los distintos grupos. En función de la evolución de su situación respectiva, los dispositivos preferentes de los que se benefician deberían ser reevaluados o incluso suprimidos. Puesto que la subrepresentación de unos se analiza como la sobrerrepresentación de otros, los ajustes requeridos deberían emprender la vía del despido «racionalmente selectivo». Pero, la justicia se ha opuesto a esta vía, ya que la primacía del individuo sobre el grupo prohíbe a la discriminación positiva ir más allá de su propia lógica.

La vigilancia a la que se ven sometidos los equilibrios etno-raciales y sexuales se acompaña, sin embargo, de la instauración de una forma de control de identidad. En todos los países donde el criterio de pertenencia a un grupo es susceptible de dar una ventaja competencial en la carrera para la consecución de tal o tal bien, los fenómenos de fraude son inevitables. En Estados Unidos, por ejemplo, la cuota instituida por la ley federal de 1977 a favor de las empresas de obras públicas «detenidas por minorías o por mujeres» ha provocado un cambio de las posiciones cuya amplitud no es despreciable, ya que una serie de empresas se ceden en el momento oportuno a la esposa del

propietario o a un amigo negro o latinoamericano. En ciertos contextos, es igualmente posible, para las necesidades de la causa, cambiar de grupo de pertenencia. Es precisamente lo que sucede en India con los individuos que forman parte de los grupos intermedios de las castas registradas. En Estados Unidos, donde los criterios de «raza» y de color de piel solo coinciden parcialmente, el paso de una «raza» a otra siempre ha sido abierto a un pequeño número de personas dotadas de una apariencia física relativamente ambigua. Si durante mucho tiempo ciertos mestizos intentaron hacerse pasar por blancos, desde algunos años algunos blancos tratan de demostrar su ascendencia negra para poder beneficiarse de la *affirmative action*.

En este sentido, para hacer frente a este tipo de reivindicaciones, un sistema jurídico debe constar de una taxitomía etno-racial relativamente precisa y, sobre todo, aplicable por unos tribunales llamados a decidir el carácter negro, asiático o árabe de una persona.

2. La atención prestada al problema de la «representación equitativa de las minorías» conduce a la formación, por encima de las políticas de discriminación positiva, de una cierta hipocresía. Excepto en África del Sur donde la elaboración de la ley de 1998 ha sido el objeto de un amplio debate nacional, todo ocurre como si las sociedades en las cuales la discriminación positiva se ha impuesto como una modalidad estructural de reparto de un cierto número de bienes raros no se atreviesen a reconocerlo claramente. La homología entre la discriminación negativa y la discriminación positiva convierte esta última en difícilmente asumible abiertamente, ya que la práctica del discurso a doble sentido y el doble juego institucional se han extendido.

El reino de la ilusión se impone cuando las preferencias concedidas en razón del sexo o del origen étnico se conceden fuera de cualquier marco jurídico e incluso violando la legalidad. La disimulación aparece entonces como la única solución practicable. Es el caso de las políticas de contratación aprobadas al final del año 1990 por las Universidades de los seis Estados norteamericanos en los cuales la *affirmative action* había desaparecido por vía de referendo (California, Estado de Washington), por decisión judicial (Texas, Misisipi, Louisiana) o por decreto del gobierno (Florida). Para interrumpir el declive espectacular del número de estudiantes provenientes de las minorías negra y latinoamericana, las Universidades y los cargos electos han puesto en marcha unos procedimientos de selección que permiten alcanzar, por diferentes vías, un resultado idéntico al que habría producido una discriminación positiva en razón de la pertenencia etno-cultural de los candidatos. Al número de los sustitutos posibles figura la «regla del 10 por 100», que impone la admisión de los mejores alumnos de los institutos de la región. Gracias a la segregación residencial, el resultado final en términos de

diversidad social está casi garantizado, incluso si la automaticidad de la regla conduce a sacrificar el principio de una selección meritocrática o, por lo menos, individualizada.

Diversos subterfugios pueden ser utilizados para interpretar la letra o por lo menos el espíritu de la ley. En India, por ejemplo, se respeta la obligación de seleccionar los candidatos provenientes de un grupo determinado, pero se multiplica, en paralelo, el número de puestos abiertos a la oposición, de manera a ahogar la cohorte de los nuevos contratados. Esta estrategia ha sido anticipada por la ley quebequesa sobre el acceso a la igualdad de empleo en los organismos públicos, que prohíbe expresamente la creación artificial de puestos adicionales.

La configuración en la cual la ley invita a la hipocresía es más problemática. La Constitución india contiene así una orden paradójica, puesto que, además de prever tratos preferentes para los Intocables, proclama la abolición de la Intocabilidad. El eufemismo propuesto por el texto constitucional ha sido completado progresivamente, en los textos oficiales y en las decisiones del Tribunal Supremo, por toda una serie de circunlocuciones y de expresiones codificadas. El Tribunal Supremo de Estados Unidos ha impuesto, por su parte, gracias a su jurisprudencia, un sistema engañoso que va más allá de simples cuestiones semánticas. Este sistema muestra que la hipocresía puede tener aspectos positivos, a la imagen del fomento de un nuevo modelo de sociedad: la sociedad multicultural.

3. La aparición de la ideología multicultural en Estados Unidos en los años 80 es un efecto secundario de la traducción jurídica de las políticas de reducción de las desigualdades raciales. Efectivamente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha impuesto una verdadera estrategia de camuflaje de la *affirmative action*. Este imperativo no vale para las medidas impuestas por un juez o por el Congreso federal. En la Universidad, por el contrario, sus efectos han sido reales. En aplicación del decreto Bakke de 1978, las cuotas de admisión basadas en el origen etno-racial de los candidatos están rigurosamente prohibidas. No se prohíbe la toma en consideración de la «raza» pero debe conciliarse con el respeto de los principios meritocráticos: puede ser considerada como un *plus* en el expediente de un candidato pero no lo previene contra la comparación con todos los demás candidatos que luchan para conseguir las plazas disponibles.

En la práctica, las Universidades han bajado su nivel de exigencia para acoger el mayor número los estudiantes provenientes de las minorías. Por lo menos, es lo que hace pensar la tasa de fracaso muy elevada de los estudiantes admitidos según los procedimientos especiales de selección. A lo largo de los años 80, la tasa media de logro de un título universitario varía del sim-

ple al doble en función de que los estudiantes han integrado o no la entidad utilizando una vía de acceso adecuada y la diferencia crece cuando las carreras son más selectivas. En 1986, por ejemplo, los estudiantes de derecho de la Universidad de California-Los Ángeles (UCLA) estaban admitidos en la abogacía en el 90 por 100 de los casos, pero este porcentaje decaía al 30 por 100 para los estudiantes entrados en la Universidad según un procedimiento especial.

Para justificar esta situación, el decreto indica el camino a seguir. Efectivamente, las universidades pueden fijarse como objetivo la «diversificación racial del cuerpo estudiantil», pero la «raza» constituye un soporte o un índice de una serie de experiencias, de puntos de vista y de ideas: los estudiantes negros, no deben ser elegidos porque son negros, sino porque tienen una cultura diferente y la confrontación entre las culturas minoritarias y la cultura mayoritaria aparece como un instrumento de emancipación para los jóvenes que la Universidad tiene como misión de abrir y de liberar de los prejuicios. Este enfoque culturalista de la diversidad racial encierra los lineamientos de los discursos producidos posteriormente para explicar el fracaso relativo de los estudiantes provenientes de las minorías. Fracasan porque su cultura propia, lejos de ser comprendida como un elemento que contribuye a la elaboración de una cultura común, se encuentra negada y desvalorizada por el propio contenido de los programas y de las enseñanzas. El restablecimiento de su autoestima y orgullo identitario impone el desarrollo de estas carreras *ad hoc* que son los estudios negros, los estudios étnicos o los estudios de género y conducen, más ampliamente, al reequilibrio de un currículum tradicional.

Las políticas educativas multiculturales resultan, por lo tanto, del fracaso parcial de una política de integración. No obstante, es la integración, entendida como voluntad de limitar una exclusión estructural, que constituía el objetivo inicial de las políticas de discriminación positiva. El nuevo curso impulsado en Estado Unidos ha cambiado su fisonomía así como su justificación. No se trata de instaurar, a título temporal, tratamientos preferentes destinados a favorecer una recuperación socioeconómica entre grupos desiguales. De ahora en adelante, conviene imponer una representación equitativa que inscribe de manera leíble, en la estructura de las instituciones, la nueva cara de la igualdad: la igual dignidad y el derecho al respeto y a la consideración. El combate para la igualdad entre los grupos se produce en el ámbito del reconocimiento de las diferencias, de la diversidad de las identidades y del pluralismo cultural.

VI. CONCLUSIÓN

Recordemos que este artículo se ha interesado por la discriminación positiva que se singulariza por el papel que ha desempeñado, a lo largo de los últimos años, en el debate público, en ámbitos tan diversos como la igualdad de género, la cohesión territorial, la integración de los inmigrantes o la democratización de la enseñanza. Tanto en el derecho internacional como en las legislaciones nacionales, la discriminación positiva es el instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales. Pretende promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. En la medida en que obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural, supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un verdadero trato preferente.

Mas precisamente, en el seno de las políticas de lucha contra las desigualdades, la especificidad de la discriminación positiva no estriba en las técnicas que utiliza sino en la manera según la cual define a sus beneficiarios, ya que la discriminación positiva se basa en el grupo. A pesar de la diversidad de las situaciones, se puede proponer la siguiente tipología: 1) los beneficiarios de las políticas de discriminación positiva conocen un retraso de desarrollo que resulta de un régimen de opresión a veces multiseccular; 2) los pueblos autóctonos constituyen una categoría peculiar de destinatarios de la discriminación positiva. La manera según la cual estos pueblos se encuentran definidos en el ámbito internacional pone el énfasis sobre un rasgo que los distingue de los grupos dominados precedentemente mencionados: la aspiración a administrarse según sus propias reglas y la voluntad de que se les reconozca como pueblos; y 3) en el continente europeo, unos grupos emergentes se benefician de la discriminación positiva: las comunidades provenientes de la inmigración, por una parte, y las minorías nacionales, por otra parte.

En este sentido, la acusación de «racismo invertido» dirigida a las políticas de discriminación positiva se encuentra privada, en contextos históricos en los cuales, la noción de «raza» no ha servido para justificar la opresión y las masacres, de una gran carga polémica. No obstante, los términos del debate en torno a las «preferencias raciales» han declinado, en todos los países, según modalidades similares. Sea cual sea el nombre que se dé a este fenómeno, el grupo que se beneficia de la discriminación positiva es un grupo al que se accede exclusivamente por el nacimiento y del que es imposible deshacerse. Inherente a las medidas de discriminación positiva, la focalización

sobre el grupo genera una segunda serie de objeciones que conciernen, no tanto el principio sino la adecuación entre los medios elegidos y el fin perseguido. No se trata de oponer los derechos individuales a los derechos colectivos sino de criticar la ausencia de cualquier toma en consideración de criterios socioeconómicos en la puesta en marcha de políticas destinadas a reducir las diferencias de desarrollo imputables a la discriminación pasada y presente.

En todo caso, la discriminación positiva avanza con cierto disimulo. Para caracterizarla, los tratados internacionales, las disposiciones constitucionales o los textos legislativos prefieren recurrir a fórmulas más evasivas: «medidas temporales y especiales», «acción positiva» de derecho comunitario, *affirmative action* de numerosos países anglófonos, o «programas de acceso a la igualdad» del gobierno de Québec. La preferencia concedida juega en detrimento de los demás competidores que no gozan de esta característica y lo es en función de criterios cuyo uso, en el ámbito considerado, está prohibido jurídicamente. Estos criterios, tradicionalmente utilizados para marginar y excluir, constituyen los fundamentos de una política de integración. Consiste en crear jurídicamente una discriminación, para reequilibrar, en los hechos, situaciones de desigualdad estructural entre diferentes grupos sociales.

Las preferencias concedidas a los numerosos grupos beneficiarios de la discriminación positiva intervienen en ámbitos similares de un país a otro, puesto que se trata, en todos los casos, de facilitar su acceso a los recursos necesarios para asegurar su desarrollo socioeconómico. Estos recursos están constituidos por el empleo, el capital, la propiedad, la educación superior y, en algunos casos, los cargos electivos. El ámbito de aplicación de la discriminación positiva varía en función del nivel de influencia ejercido por el Estado sobre los diferentes mercados que rigen el reparto de los recursos. Sucede lo mismo con la amplitud de las preferencias concedidas. Se pueden distinguir dos categorías según el hecho de que los miembros del grupo favorecido se beneficien de una verdadera suspensión de las reglas de competencia o de una simple ordenación de estas: la suspensión de las reglas de competencia y la adaptación de las reglas de competencia.

No obstante, en la totalidad de los contextos políticos donde ha sido puesta en marcha, la discriminación positiva despierta una objeción que consiste en oponer el mérito y el favor. Esta crítica, allá donde el reparto meritocrático de los bienes aparece como un logro revolucionario que consagra a la vez la primacía del individuo y la victoria del liberalismo político, surge de nuevo. El desarrollo de la «objeción meritocrática» supone en general la movilización de dos figuras que se enfrentan una a otra; y precisamente uno de

los objetivos del marco jurídico en el cual se ubica la discriminación positiva es responder a esta doble crítica. Este marco no es universal puesto que la instauración de medidas preferentes destinadas a mejorar la situación de los grupos con desventaja se omite a propósito de las condiciones cuyo contenido, formulación y severidad varían de un país a otro.

Cuatro condiciones, diferentemente jerarquizadas de un sistema a otro y aplicadas con un rigor variable, forman la base del régimen jurídico de la discriminación positiva: a) la preferencia no debe ser permanente, b) la preferencia no debe ser excesiva, c) la preferencia debe ser flexible, y d) la preferencia no debe ser exclusiva. El carácter temporal de la discriminación positiva es inherente a su propia definición y a su estatus derogatorio del derecho ordinario de la igualdad. No obstante, la desaparición programada de la discriminación positiva, aceptada a nivel teórico, no se produce en la práctica. Efectivamente, se observa que estas políticas transitorias, allá donde están puestas en marcha, han acabado enraizándose. La institucionalización de la discriminación positiva se traduce también por una extensión continua a nuevos grupos de beneficiarios o a nuevos ámbitos de actuación, tales como los medios de comunicación o la política.

En cuanto a los efectos de la institucionalización, allá donde se ha institucionalizado, la discriminación positiva ha conocido una verdadera mutación. Ya no se define como una política de integración, un dispositivo transitorio destinado a poner a nivel unos grupos injustamente mantenidos en una posición de desventaja relativa. Tampoco es un medio destinado a desaparecer una vez alcanzado el resultado deseado. Se convierte en un fin o en un elemento estructural de la organización política y social. Se asigna un nuevo objetivo a las políticas de discriminación positiva: garantizar, en nombre de un principio de diversidad, una representación equitativa de los grupos minoritarios.

En todo caso, la discriminación positiva contraviene a la igualdad de derechos y oportunidades. Supone parcialmente la aplicación de principios que expresan valores morales y políticos considerados como fundamentales: igualdad ante la ley y los empleos públicos, igual acceso a la educación y al servicio público, libertad de elección o libertad contractual, derecho para el individuo de no estar asignado a un grupo de pertenencia. La discriminación positiva pone boca abajo el sentido de la preferencia concedida anteriormente a los Blancos en detrimento de los Negros o a los hombres en detrimento de las mujeres. Pero, mantiene la lógica de la preferencia. La valoración de los derechos y méritos consta sistemáticamente de dos niveles. Por lo cual, es necesario, para prevenir el malestar e incluso la indignación que pueden suscitar las preferencias concedidas en función de semejantes criterios, establecer con certeza que la igualdad justifica el uso de la desigualdad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BLACKMUN, H. A.: *Important decisions*, Supreme Court Collection, Cornell University Law School.
- CALVÈS, G. (1998): *L'affirmative action Dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination positive*, LGDJ, Paris.
- CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1989): *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, C 169, Ginebra.
- CONSEJO DE EUROPA (1995): *Convenio marco para la protección de las minorías nacionales*, firmado el 1 de febrero de 1995 y entrado en vigor el 1 de febrero de 1998.
- Constitution française du 4 octobre 1958. Paris, La Documentation française, 2008.
- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *Diario Oficial n.º L 180 de 19/07/2000 págs. 22-26*.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *Diario Oficial n.º L 303 de 02/12/2000 págs. 16-22*.
- DWORKIN, D. (1985): *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press.
- GLAZER, N. (1975): *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Public Policy*, Basic Books, New York.
- GLAZER, N. (1997): *We are all Multiculturalists now*, Harvard University Press, Cambridge.
- HOLZER, H. y D. NEUWARK (2006): «Affirmative action: What do we know?», *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 25, págs. 463-490.
- NESIAH, D. (1997): *Discrimination with Reason? The Policy of Reservations in the United States, India and Malaysia*, Oxford University Press, Oxford.
- New York Times, 25 de enero de 1993.
- OLSON, M. (1965): *La logique de l'action collective*, PUF, Paris.
- SABBAGH, D. (2003): *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Economica, Paris.
- SCHUTTER, O. DE (2001): *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE-Peter Lang, Bruxelles.
- SKRENTNY, D. (2001): *Color Lines: Affirmative Action Immigration and Civil Rights Options for America*, University Press, Chicago.
- SOWELL, T. (2004): *Affirmative Action around the World. An Empirical Study*, Yale University Press, New Haven.
- Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, *Diario oficial, n.º C340 de 10 de noviembre de 1997*.
- Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Bakke del 28 de junio de 1978.
- Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Wygant del 19 de mayo de 1986.

Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Marschall del 11 de noviembre de 1997.

Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia Badeck del 20 de marzo de 2000.

Tribunal Supremo de Estados Unidos, sentencia en el caso Grutter *versus* Bollinger, junio de 2003.

WILSON, W. J. (1999): *The bridge over the racial divide: rising inequality and coalition politics*, University of California Press, Berkley.