

LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Por Estefanía Ziliani

RESUMEN

La **acción afirmativa** halló particular precedente en el derecho de los Estados Unidos de América. Proviene originalmente de la práctica administrativa del estado, la acción afirmativa no era más que una serie de medidas de carácter intervencionista dentro de las prerrogativas del Presidente. Sin embargo, fue la Jurisprudencia de la Suprema Corte y su evolución que le dieron real objetividad y operatividad como medio idóneo de consagrar el derecho a la igualdad, entendiendo no solamente que "*todos los hombres eran iguales antes la ley*"; sino que a partir de la incorporación al plexo constitucional de la Enmienda 14 "*ningún estado, podrá negar dentro de su jurisdicción la protección de la ley a cualquiera de sus habitantes.*" Sin embargo, y pese a los esfuerzos, las carencias en la reglamentación y las imprecisiones de conceptualización han resultado en un éxito solo parcial que palidece ante las reales posibilidades de este instrumento protectorio.

PALABRAS CLAVE

Acción afirmativa, segregación, discriminación positiva, equidad, clase, minorías, negro, blanco, oportunidad.

AFFIRMATIVE ACTION IN NORTHAMERICAN LAW

By **Estefanía Ziliani**

ABSTRACT

Affirmative action was mainly developed in north american law. Originally a part of Administrative Practice, affirmative actions were conceived just as plain interventionist measures among the many presidential prerogatives. However, it was the Supreme Court of Justice and its evolution that provided real objectivity and operativity to it as a viable way of achieving equity, understanding not only that "every man is equal before the law" as established in the constitution, but that from the moment in which the 14 Amendment was incorporated to the constitution, "no State shall . . . Deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Yet, although significant effort has been made, the scarce regulation of affirmative action and the imprecisions in conceptualization have resulted in a mere partial success that mildly reflects the actual possibilities of this protective instrument.

KEY WORDS

Affirmative action, segregation, reverse discrimination, equity, class, minority, black, white, opportunity.

LA ACCION AFIRMATIVA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Por Estefanía Ziliani*

I- CONCEPTO

Acción Positiva es la expresión utilizada en Europa para denominar lo que en Estados Unidos y en otros países anglófonos como Gran Bretaña se conoce como "acción afirmativa" (*affirmative action*).

La expresión tiene origen en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral, pero adquirió significado específico de política pública (*policy*), en el contexto de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afro-americana y otras minorías y movimientos de contestación social que de algún modo da origen asimismo al derecho anti discriminatorio en éste la acción positiva es medular.

II- CONTEXTO HISTORICO DE SU APLICACIÓN

Hacia 1950 Estados Unidos había logrado consolidar el modelo de acumulación capitalista que había puesto en funcionamiento dos décadas atrás. Una parte fundamental del nuevo modelo de acumulación era el acuerdo capital-trabajo, mediante el cual se garantizaba mantener a los trabajadores sindicalizados con salarios altos a cambio de su disciplinamiento, por otro lado dejaba por fuera de los beneficios a los trabajadores no sindicalizados, a las mujeres y a las minorías étnicas.

La consolidación de la economía norteamericana durante este período permitió que la década del '50 implicara una mayor movilidad social. El consumo civil que había sido congelado durante la guerra, cuando la inversión se concentró en la industria bélica y sus subsidiarias, se reorientó, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial hacia el consumo en masa.

Esta reorientación estuvo basada en la elevación constante de los salarios, el flujo de crédito fiscal y la intensidad de la publicidad, que mantuvo durante toda la década el crecimiento del consumo, "*los norteamericanos transformaron el deseo en necesidad*"¹.

La década careció de grandes confrontaciones socioeconómicas, pero se caracterizó por los movimientos de las minorías siendo representativo de esos años los movimientos por los derechos civiles de los negros.

* Se graduó en el colegio St. Catherine's Moorlands School, Sede Belgrano, obteniendo el título de Bachiller en Ciencias y Letras. Diplomada por el IBO (Internacional Baccalaurate) en el 2002. Fue premiada con la beca de merito anual otorgada Becada por la English Speaking Union (ESU) en el 2003 para realizar estudios de perfeccionamiento en Estados Unidos en la institución Western Reserve Accademy. Actualmente se encuentra cursando la carrera de Abogacía en la Universidad de Buenos Aires. Colabora con la Dra. Alicia Curiel como ayudante alumna en la cátedra del Dr. Travieso para la materia de CPC Derechos Humanos y Garantías.

¹ (SELLER, MAY, MCMILLAN, 1988, 643)

Las problemáticas de las minorías étnicas no eran nuevas tampoco para los Estados Unidos. La Constitución de 1776 había proclamado que **“todos los hombres eran iguales ante la ley”**, pero en 1868 la incorporación de la Enmienda 14 especifica que:

“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, que debe ser igual para todos.”

En síntesis: “ningún estado, negará dentro de su jurisdicción la protección de la ley a cualquiera de sus habitantes.”²

Al principio, a la segregación racial se la conocía popularmente como *“Jim Crow”*, término surgido por un “cómico” que parodiaba a la población negra con un personaje llamado Jim Crow. Sin embargo lo que popularmente empezó como una parodia termino convirtiéndose en un autentico modelo de segregación tanto formal como informal.

Esto se traslado a todos los ámbitos de la vida en sociedad, impidiendo que los adultos de raza negra ejerzan el derecho al voto, imponiendo separación de las razas en los lugares públicos, etc. Así fue como se inicio el esfuerzo sistemático para codificar (o reforzar) en las disposiciones constitucionales estatales y federales a posición de subordinación de los afro-americanos en la sociedad.

Las llamadas “leyes Jim Crow” ganaron preponderancia en los fallos de la Suprema Corte de EEUU en las ultimas dos décadas del siglo XIX. Finalmente, en 1883 se declaro inconstitucional el Acta de Derechos Civiles de 1875 que estipulaba que *“debe ser reconocido a todas las personas el derecho al total goce y disfrute de las ventajas, beneficios, facilidades y privilegios de hoteles, servicios públicos de transporte por tierra y agua, teatros y otros sitios de esparcimiento publico”*.³

Al declarar esta ley federal inconstitucional, el entonces Presidente de la Corte Suprema Bradley sostuvo que la 14 Enmienda no protegía a la población negra de la discriminación llevada a cabo por parte de negocios privados o individuos, sino solamente contra aquella perpetuada por el Estado. Observo que era tiempo que los negros asumieran “el rango de meros ciudadanos” y dejaran de ser “los favoritos de la ley”.

Primero vino la separación de razas en el transporte público (en todo el país). En el Sur se construyeron escuelas, parques, hospitales y bibliotecas racialmente separados. En el Norte, era la costumbre la que había impuesto la segregación en restaurantes, hoteles y lugares de esparcimiento.

Antes del caso Brown, que se desarrollara mas adelante en detalle, era habitual “la separación forzosa de negros y blancos, precursora americana del apartheid africano”; después de Brown las playas publicas y los autobuses, los parques, tribunales, etc., comenzaron a abrirse a blanco y negros simultáneamente. Brown fue el elemento catalizador que conmovió al Congreso y que culmino con los dos actos fundamentales del siglo en materia

² (JONES, 1966, 927)

³ (CALDARAZZI, 1972, 66)

de derechos civiles: ir un lado se permitió el acceso de los negros a los restaurantes, a los hoteles y al ámbito laboral, en igualdad de condiciones, y por otro lado se otorgó a los votantes negros el carácter de una nueva fuerza política.⁴

III- PRIMERAS PRÁCTICAS

En la práctica Administrativa Estadounidense la acción afirmativa consiste en una serie de medidas de carácter intervencionista dentro de las prerrogativas del Presidente.

Al margen de este vínculo al poder presidencialista, su fundamento normativo se encuentra en el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, luego enmendado por la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972.⁵

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

Concretamente el título VII establece como ilícito que un empresario:

1. No contrate o despida a alguna persona, o discrimine a alguien de alguna otra manera con respecto a su compensación, términos, condiciones o privilegios de su empleo, en razón de la raza, el color, la religión, el género o el origen nacional de la referida persona.
2. Limite, segregue o clasifique a sus empleados, o a quienes soliciten empleo, de manera que prive o pudiere privar a una persona de las oportunidades de empleo, o que afectare negativamente, de la manera que fuere, su calidad de empleado en razón de la raza, el color, la religión, el género o el origen nacional de la referida persona.

Independientemente de esto, lo concreto es que no existe texto legislativo que exprese claramente el concepto de acción afirmativa. En este sentido, la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles en 1977 la define como *“cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro.”*⁶

De esta definición se desprende claramente la concepción de la acción positiva como compensación por un doble motivo: a) dar a entender que la discriminación pertenece al pasado; y por otro lado b) provocar reacciones de culpabilidad o no, en individuos que no pertenecen al grupo discriminado.⁷

IV- LA JURISPRUDENCIA. SU EVOLUCION

La segregación racial fue recusada en 1896 en el caso **Plessy vs. Ferguson**, que inauguró la vigencia de la **doctrina “iguales pero separados”**. El argumento invocado afirmaba que las leyes de Louisiana que establecían

⁴ (WILLKINSON, 1979)

⁵ El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, según enmendada, prohíbe la discriminación en el empleo por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional en la contratación, promoción, despido, pago, beneficios suplementarios, programas de diestramiento, clasificación de empleo, reclutamiento y bajo cualquier otro término y condición de empleo. U.S. Government Printing Office 1993-0-339-476.

⁶ (González Martín, 2004).

⁷ (Barrere Unzueta, 2002)

asientos separados para blancos y negros en los transportes de pasajeros no negaba la igualdad ante la ley, siempre y cuando los lugares físicos separados fueran iguales en calidad.

Opinión mayoritaria del Tribunal Supremo en Plessy:

“Que [la Separate Car Act (ley de 1890 que establecía la separación racial en los ferrocarriles)] no vulnera la 13ª Enmienda que abuele la esclavitud... es algo tan evidente que no precisa discusión... Una norma que se limita a fijar una distinción legal entre la raza blanca y la de color – distinción basada en el color de una y otra raza y que debe seguir existiendo mientras el color de la piel siga diferenciando a los blancos de otra raza distinta -- no supone en ningún caso quebranto de la igualdad jurídica entre las dos razas... [La 14ª Enmienda] tenía indudablemente por objeto hacer valer la absoluta igualdad de las dos razas ante la ley, pero va implícito en la propia naturaleza de las cosas que no podía pretender abolir diferencias basadas en el color de la piel, ni imponer una igualdad de tipo social, distinguiéndola de la igualdad política, ni una equiparación de las dos razas en términos poco convenientes para ambas.”⁸

Pese a la terminante decisión de la mayoría, vale la pena destacar la para ese entonces moderna y cuasi visionaria disidencia del juez Marshall cuya visión empieza a perfilar la denostada más adelante con la formal aparición de los Derechos Civiles:

“Nuestra Constitución no distingue colores, ni tampoco entiende ni tolera distinciones de clase entre los ciudadanos. En lo que respecta a los derechos civiles, todos los individuos son iguales ante la ley...”

En mi opinión, el tiempo demostrará que el fallo emitido en el día de hoy es igual de pernicioso que la decisión adoptada por este mismo tribunal en el caso Dred Scott... Esta decisión, tengámoslo bien presente, no sólo alentará las agresiones, más o menos brutales e injustas, a los derechos que se reconocen a los ciudadanos de color, sino que además alimentará la creencia de que es posible burlar, por medio de leyes parlamentarias, las enmiendas recientemente introducidas en la Constitución”

A partir de este fallo la doctrina y la lectura de la 14 Enmienda se extendió desde el transporte público hacia otros ámbitos como las escuelas públicas. La doctrina “iguales pero separados” que dominó gran parte de las decisiones legales desde su instalación hasta mediados del siglo XX, manifiesta la negación oficial de la existencia de la discriminación racial.

¿Cual era el real significado de separados pero iguales? (Testimonio)

“Si pasas en coche por Clarendon County, como antes solía hacer yo... verás en el campo esas espantosas casuchas de madera que antes albergaban las escuelas para niños negros. No es que las escuelas para niños blancos fueran nada del otro mundo, pero al menos tenían un aspecto más o menos digno... En cambio, las escuelas de los negros no eran más que chamizos sucios, en ruinas, con aquellos horribles retretes al aire libre” .⁹

Las modificaciones que implicó la instalación del “New Deal” en 1930 consistían en la regulación de la economía favoreciendo las inversiones, el crédito y el consumo, lo que permitiría reducir el desempleo. El gasto público debía orientarse a la seguridad social y a la educación.

⁸(QUINT, 1972, 145)

⁹ (WARING, 1975, 301)

Las nuevas obligaciones que el Estado debía cumplir, también implicaron cambios en la actuación del Estado frente a las problemáticas de las minorías. Estas problemáticas comenzaron a ser entonces institucionalizadas con la creación de ámbitos estatales, legalizando dentro de ellas las actividades de los grupos minoritarios y dejando fuera de la legalidad a quienes no estaban comprendidas en tales órbitas.

Lo que cambió los derechos civiles de una cuestión periférica a una central, fue la aparición de los negros mismos como amplio bloque nacional, elevando el problema de los derechos civiles de los negros al primer rango de las preocupaciones internas de la nación.

El primer fallo judicial que representó el cambio que el New Deal había inaugurado fue el **Caso Gaines** de 1938 cuando la Corte resolvió que las calidades iguales habían sido violadas al negársele a un estudiante negro el ingreso a la Facultad de Derecho de Missouri ofreciendo a cambio una compensación monetaria para pagar su tutoría en alguna escuela de leyes fuera de Missouri. Sin embargo lo que la Corte cuestionaba era la igualdad de las condiciones, no los fundamentos raciales que sostenían la doctrina. Finalmente la Corte resolvió que Missouri debía abrir una facultad de Derecho para alumnos de otra raza o admitir a Gaines.

Claramente esta disposición estaba lejos de representar una solución para el real problema pero sí aportó desde el punto de vista de empezar a poner de manifiesto las falencias del ponderado Caso Plessy y marcar el principio del fin de esta corriente doctrinaria.

A principios del siglo XX, se formó la Asociación Nacional para el Progreso de Gente de Color (NAACP) con el fin de buscar una salida política a la injusticia y violencia del racismo. La organización empezó a tener éxito en las cortes en su lucha contra la discriminación en vivienda, transporte, empleo y otras áreas.

En la década de 1950, la NAACP empezó a atacar la idea de "separados pero iguales" que permitía la segregación en las escuelas. Pero fue solo después de varios intentos fallidos a la hora de intentar anular la doctrina del caso Plessy que la NAACP decide revisar su estrategia:

"Habíamos dicho que reforzaríamos la estrategia --sostener, en cada caso concreto, que, como mínimo, los centros escolares incumplían el principio de igualdad y eran, por tanto, inconstitucionales-- pero no había hablar de igualdad mientras se mantuviera la separación de centros. Recurrimos entonces a un segundo argumento: la igualdad en la protección sólo sería efectiva cuando los centros fueran los mismos para todos. Reclamamos la integración, pero no en un futuro más o menos lejano, sino inmediatamente, pues era la única forma de garantizar la igualdad de una vez por todas. En casos posteriores en los que aceptamos que hubiera igualdad sin integración, planteamos nuestras demandas dentro del marco tradicional, para así poder volver, en último caso, al argumento de la igualdad de los servicios y las instalaciones de los centros. Intentábamos que, en caso de que no prosperase la pretensión de anular por inconstitucional el fallo del caso Plessy, al menos lográsemos que admitieran las escuelas integradas".

En 1951, Oliver Brown, de Topeka, Kansas, impugnó la doctrina conocida como "separados, pero iguales" cuando presentó una demanda contra la junta escolar de la ciudad en nombre de su hija de ocho años en el **Caso Brown vs. Consejo de Educación de Topeka**. Brown deseaba que su hija asistiera a una escuela blanca situada a cinco manzanas de su casa, en vez de a la escuela negra, que estaba a veintiuna manzanas de distancia. Un Tribunal federal falló contra Brown.

En Carolina del Sur, Virginia y Delaware, los padres de otros niños negros entablaron pleitos similares. El tribunal de Delaware resolvió que las escuelas negras eran inferiores a las blancas y ordenó que los niños negros fueran trasladados a escuelas blancas. Las autoridades escolares apelaron la decisión al Tribunal Supremo.

En 1954 el Tribunal sentenció por unanimidad que la segregación escolar era inconstitucional. La sentencia expuso los efectos perjudiciales de la segregación: la separación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial en los niños de color; el impacto es mayor cuando es sancionado por la ley, puesto que la política de separación de las razas es interpretada generalmente como que denota la inferioridad del grupo negro; el sentido de inferioridad afecta la motivación que un niño tiene de aprender. La segregación sancionada por la ley, por lo tanto, tiende a retardar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarles de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado.

En resumen, el Tribunal Supremo dictaminó, por unanimidad, que en la escuela pública no tiene cabida la doctrina separados, pero iguales. *"La existencia de instalaciones educativas separadas entraña intrínsecamente la desigualdad"*, violándose con la segregación la 14 Enmienda de la Constitución.

El caso Brown contra el Consejo de Educación de Topeka, fue un caso escolar que posteriormente se aplicó para legislar situaciones que involucraban segregación racial en escuelas y colegios. Su influencia fue tan determinante que en los sucesivos fallos, a partir de 1955 la Corte Suprema y otras Cortes Federales obligaron por analogía al fallo Brown invalidar muchas formas de segregación racial.

Sin embargo, esto también marcaba los límites en tanto se refería sólo a áreas controladas por el Estado. La conducta discriminatoria de ciudadanos privados quedaba por fuera de su incumbencia. Lo que naturalmente nos hace deducir que el camino hacia el desarraigo de la segregación en Norteamérica sería recorrido a paso lento.

El 1 de diciembre de 1955, **Rosa Parks**, secretaria local del NAACP y miembro de la Iglesia Metodista Episcopal Africana, fue arrestada por rehusarse a ceder su asiento a un hombre blanco dentro de un bus público.

La injusticia era doble, ya que las llamadas "leyes Jim Crow" (1876-1965) ni siquiera estipulaban que los "negros" debían ceder su asiento a un blanco, sino sólo que se sentaran en la sección asignada para ellos. La injusticia es aun más grave, si se tiene en cuenta que el 75% de los ciudadanos que usaban los buses eran afroamericanos. Ante tal delito fue llevada detenida y sometida a juicio.

A partir de allí grupos negros se organizaron para llevar adelante manifestaciones durante el juicio. El movimiento que instauró el boicot a los transportes.

Martin Luther King fue elegido para dirigir el boicot y el 7 de diciembre de 1955 pronunció un discurso con el fin de dar las pautas a seguir durante la protesta. Del mismo se trasluce que el argumento fuerte está puesto en la defensa de los derechos civiles que les son negados sistemáticamente a los negros: "los negros somos ciudadanos y tenemos derechos". La argumentación continúa en los mismos términos cuando reconocen que la decisión sólo puede venir de su unión: "hasta que hagamos algo para detenerlos, estos arrestos van a continuar". El llamamiento está dirigido hacia toda la comunidad negra y en esto ellos mismos no encuentran ninguna fragmentación interna: «la

próxima vez puede ser usted, o usted, o usted». Todo negro sin distinción de lo que haga ni de donde esté ubicado está llamado a hacerse responsable de lo que la comunidad negra está padeciendo.¹⁰

El boicot que en principio duraría solamente durante el día en que se llevaría a cabo el juicio sin embargo y ante la sentencia insatisfactoria del tribunal, la población negra se abstuvo por 381 días del uso del sistema de transporte público. Durante este período, King fue puesto en la cárcel por dos semanas y su casa fue objeto de un ataque con una bomba incendiaria. Finalmente, la Corte Suprema dictaminó, el 13 de noviembre de 1956, que la segregación en los buses era inconstitucional.

En 1971 la Suprema Corte fallo en el **caso Griggs vs. Power Co.**, expresando que el título VII de la Ley de Derechos Civiles, prohibía no solo las practicas que tenían un motivo de discriminación sino también las practicas que fueran adoptadas sin intención de discriminar pero que tenían efecto de discriminación para mujeres y minorías en general,

Este fue el comienzo de una nueva doctrina llamada "impacto dispar" o efecto adverso. En este caso si el demandante alega que el impacto de una practica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha practica es justificada, en este fallo la carga de la prueba que presentaron fue la "necesidad del negocio".

Por una parte el demandante establece que la practica tuvo un efecto adverso a un grupo protegido cuando: si la practica usada es de alguna manera limitante a las oportunidades de trabajo entre blanco y negros, hombres y mujeres, etc., y al mismo tiempo tiene que demostrar que dicha practica no es esencial o indispensable para el negocio del empleador. Por otra parte, el demandado, debe de probar que el piso de la practica esta justificado por la practica o necesidad del negocio.

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

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

Estos principios fueron interpretados por la Corte Suprema de manera amplia lo que dará en consecuencia lugar a la doctrina de la Discriminación Indirecta o "disparate impact" de 1971 y a la admisión de las acciones positivas en el sector privado.¹¹

Todos estos principios y acciones dieron lugar al "Equal Employment Opportunity Act" de 1972, como primera reforma del título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.¹² Con la Ley de Derechos Civiles de 1991 se

¹⁰ (POZZI, NIGRA, 2003, 257)

¹¹ Disparate Treatment y Disparate Impact son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconsistentes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o no intencionalidad de la discriminación. (BARRERE UNZUETA, 1997, 37)

consolido la doctrina del mencionado Disparate Impact, de la inversión de la carga de la prueba, el incremento de indemnización por daños y perjuicios y la ampliación de la prohibición de discriminación a los test de trabajo. Con respecto a la acción positiva, la ley se limito a establecer la legalidad de los remedios de los tribunales, de las acciones positivas y de los acuerdos de conciliación, y limitar el periodo de impugnación de los Consent Decree. Como puede verse, pese a los esfuerzos realizados, las carencias relativas a la regulación de la acción afirmativa, se mantienen.

V- CONSECUENCIAS Y EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ACCION AFIRMATIVA

Como se vio, producto de los muchos pronunciamientos el Tribunal Supremo efectivamente siguió la Ley de Derechos Civiles (1964) y toda una infraestructura jurídica basada en el sistema de cuotas y en el principio de discriminación positiva y tras la aprobación de la misma, se fue desarrollando en Estados Unidos el aparato legal de la acción afirmativa.

Ahora bien, es claro que el concepto de acción afirmativa ha en efecto evolucionado y que se ha logrado propugnar la inserción de grupos minoritarios en el sistema educativo, lo mismo con las cuotas referidas al género, etc. Sin embargo existe una falla conceptual en la estructuración del concepto que se ha elegido reglamentar que indefectiblemente imposibilita la concreción de los fines que se desean obtener mediante la aplicación de dichas medidas.

Conceptualmente, *“la discriminación positiva corresponde a una política que se impulsa en un país, en un cierto momento histórico, en conformidad a la cual y en virtud de un cierto diagnóstico, se concluye que ciertos grupos o sectores (las mujeres, cierta raza, los indígenas, etc.) han sido históricamente postergados y perjudicados o desaventajados. El diagnóstico indica que, en esas condiciones, para que tal grupo o sector pueda sobreponerse, no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades sino que se requiere un impulso mayor.”*¹³

La justificación de la discriminación positiva reside en la igualdad, pero en la igualdad en el mediano o largo plazo, es decir, en el futuro (no en el presente). Es valido preguntarse entonces si la discriminación positiva satisface el principio de igualdad.

Pues bien, el Principio de Igualdad exige conferir un estatuto jurídico que se traduzca en una igualdad de trato de las personas en el derecho y ante el derecho. El principio de igualdad exige tratar a las personas como iguales, dice Dworkin; esto es, con igual consideración y respeto.¹⁴

Es en este punto donde se produce el error. La discriminación positiva, no es compatible con el principio de igualdad, en ninguno de sus modelos o dimensiones precisamente por que la discriminación positiva es una discriminación, lo que ocurre es que puede estimarse valiosa, necesaria o justa, pero es una discriminación.

El tratamiento diferenciado que permite la discriminación positiva no corresponde a la dimensión igualdad por diferenciación¹⁵. La igualdad por diferenciación (como la igualdad por equiparación¹⁶) tiene por objeto garantizar

¹³ (FIGUEROA, 2000)

¹⁴(DWORKIN, 1984) Dworkin distingue entre “tratar como igual” y “dar igual tratamiento”. El principio de igualdad, en su opinión, exigiría sólo lo primero, es decir, tratar como igual, pero no necesariamente dar un igual tratamiento.

¹⁵ “la diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley. Se trata de una **diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes** respecto a los efectos de las normas. Esta diferenciación potencia, y no

igualdad de trato. En cambio, en casos de discriminación positiva, el tratamiento diferenciado tiene por objeto compensar injusticias o desigualdades históricas, las que no resultarían corregidas mediante una fórmula de igualdad de oportunidades. Por ello, se requiere un plus, un tratamiento privilegiado o especial a cierto grupo o sector. La igualdad está presente en la discriminación positiva, pero se trata de la **igualdad a futuro, sobre la base de no asegurarla en el presente**. Precisamente, en el presente, la política de discriminación positiva es desigualitaria para poder en el futuro tender a la igualdad.

Si a esto le sumamos que el instrumento para poner en marcha dicha política – la acción afirmativa- ha sido conceptualizado por la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una practica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación **presente o pasada o para impedir que la discriminación se produzca en el futuro.**” Entenderemos porque de plano la acción afirmativa esta condicionada a ser una medida eficiente que sin embargo es parcialmente eficaz. Porque no basta con hacer las cosas correctamente (eficiencia), hay que hacer las cosas correctas (eficacia).

VI- PROPUESTA REDEFINITORIA

Recapitulando sobre los puntos planteados, seria necesario rever el modo en el que se formula el planteamiento de la acción afirmativa dejando de lado las añejas ideas de compensación, trato a favor, beneficio extra, etc. Es imperativo desterrar del inconsciente colectivo la idea de que se aventaja a un grupo por sobre los demás (discriminación positiva) perjudicando, consecuentemente, a los otros de forma indirecta (discriminación indirecta). La población en general necesita dejar de antagonizar este tipo de medidas y empezar a comprender la importancia de la inclusión social (bien entendida). Para todo esto, un re-diseño de la norma desde el punto de vista lingüístico resulta prima facie imperativo.

Por otro lado, la acción afirmativa debe dirigirse asertivamente a combatir la discriminación de status o estructural que sufren algunos grupos, siendo su objetivo mas ambicioso que el de la erradicación de la desigualdad en el mero trato. Los efectos necesitan llegar mas hondo y los resultados deben buscarse desde hoy y no solo como desarrollo progresivo hacia el futuro.

Por ultimo, para lograr lo propuesto, considero seria apropiado contemplar la posibilidad de virar el criterio a partir del cual se selecciona el problema que la acción afirmativa debe atacar. El centrar la atención en cuestiones de género, raza, religión, etc. como se ha hecho hasta ahora, pone el énfasis en diferencias que son, incidentalmente, inherentes a la personalidad de los individuos. Esto resulta en estigmatización, no del problema como algo a combatir, sino de las personas (como algo a combatir si).

Mucho mas acertado resulta tomar el concepto de “clase” y traerlo para que se convierta en el objeto de aplicación de la acción afirmativa. En palabras de Rolando Tamayo y Salmoran “*La expresión “clase” claramente presupone que el procedimiento no se refiere a personas individualmente consideradas, se refiere ab ovo, a un grupo de interesados... presupone cierta*

dificulta, la igualdad ante la ley, y es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que en el establecimiento de los datos relevantes se puede, en ocasiones, tener en cuenta criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades...” Peces-Barba. Ob. cit, pp. 152-156.

clase de casos o litigios susceptibles de ser sustanciados en un solo juicio, una clase de litigios... susceptibles de un class treatment (de un tratamiento de clase)”¹⁷

De esa manera, el “conflicto” a resolver se conserva fuera de la esfera de la individualidad de la persona y pasa a ser parte de las circunstancias que atraviesa un grupo. Dándole además de esta forma notas propias de algo de carácter transitorio y pasible de modificación.

BIBLIOGRAFIA

1. BARRERE UNZUETA Ma. A. (1997) *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Civitas, 1997.
2. BELZ, H. (1991) *Equality transformed: a quarter-century of affirmative action*. Transaction Publishers, 1991.
3. CALDERAZZI A. M. (1972) *La revolución negra en los Estados Unidos*, trad. De Arriba Egea, España Burguesa, 1972, p.66.
4. CROSBY J. y otros. (2001) *Affirmative action: the pros and cons of policy and practice*. Rowman & Littlefield, 2001.
5. DWORKIN R. (1984) *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel. 1984.
6. FIGUEROA G. R. (2000) *Igualdad y Discriminación* en “Cuaderno de Análisis Jurídico”. Universidad Diego Portales, 2000.
7. GONZALEZ MARTIN N. (2004) *Origen, concepto y características del derecho a la no discriminación*, Memorias del Foro: Análisis y debate sobre el derecho a la no discriminación en el marco internacional de los derechos humanos, organizado por la Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal, México, D.F. 2004.
8. JONES H. (1966) *The United States Supreme Court, Brown v. Board of Education of Topeka, 1954*, Daniel J. Boorstin ed., en *An American Primer*; Mentor Book, Universidad de Chicago, 1966, págs. 927 a 936.
9. POZZI P. y NIGRA F. (2003) *Huellas Imperiales. Historia de los Estados Unidos de América 1929-2000*. Editorial Imago Mundi, 2003.
10. QUINT H.H. (1972) *Main Problems in American History*, 3ra ed.; The Dorsey Press, vol. 2, 1972, pp.145-148.
11. SELLER C. y otros. (1988) *Sinópsis de la historia de los Estados Unidos*. Ed. Fraternal, 1988.
12. TAMAYO Y SALMORAN R (1987) *Class Action: una solución al problema de acceso a la justicia*. 1987.
13. WARING W. (1975) En: Kluger, Richard: *Simple Justice*. New York, Knopf. 1975. págs. 301-302.
14. WILLKINSON J. H. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*. Oxford University Press, 1979.

¹⁶ “la equiparación como manifestación de la igualdad ante la ley supone un **trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas**, que, sin embargo, se estima **deben considerarse irrelevantes** para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa”. Peces-Barba. Ob. cit, pp. 152-156.

¹⁷ (TAMAYO Y SALMORAN, 1987, 151)