

I. Introducción	191
II. La concepción de la igualdad	194
1. El concepto de <i>affirmative action</i>	197
2. ¿Rasgo diferenciador sospechoso?	200
3. Miembros históricamente discriminados	202
4. Discriminación justa	205
5. Justificaciones de las <i>affirmative actions</i>	208
6. Los argumentos en pro de las <i>affirmative actions</i> basados en una justicia compensatoria	208
7. ¿Responsabilidad de quién?	212
8. El argumento utilitarista	216
9. El utilitarismo en el pensamiento de Ronald Dworkin	218
10. John Hart Ely y la defensa procedimental de las <i>affirmative actions</i>	223
11. Nuevo principio distributivo: la igualdad entendida desde la teoría antisubordinatoria	225
12. El principio de igualdad como prohibición de la subordinación social	228
13. La futilidad inherente en la búsqueda de la intención legislativa	239
III. Por una reinterpretación de la igualdad por los tribunales	244
1. Los derechos sociales y la prohibición de la subordinación	251
2. Minorías sin representación política	255
3. El inmigrante como paria	256
4. ¿Por qué no el derecho al sufragio para los inmigrantes?	260
5. Argumentos en contra de las <i>affirmative actions</i>	261

CAPÍTULO TERCERO

UNA CONCEPCIÓN DE LA IGUALDAD PARA JUSTIFICAR
LAS *AFFIRMATIVE ACTIONS*

I. INTRODUCCIÓN

Después de haber estudiado los mecanismos usados por el juez para analizar la constitucionalidad de las clasificaciones que usan determinados rasgos, es tiempo de estudiar la filosofía que hay detrás de sus decisiones. ¿Cómo entienden los jueces la igualdad, o cómo deberían entenderla? Son las preguntas clave que pretendemos contestar.

El concepto primigenio de la igualdad se orienta a eliminar diferencias, señala Walzer, privilegios aristocráticos, riqueza capitalista, poder burocrático, supremacía racial o sexual. Lo que se encuentra amenazado por la igualdad es la capacidad, siempre latente, de un grupo para dominar a sus camaradas: “Lo que genera la política igualitaria no es el hecho de que haya ricos y pobres, sino la posibilidad de que el rico «exprima al pobre», de que le imponga la pobreza, de que determine su comportamiento sumiso”.⁶⁵⁹

Los retractores señalan que el igualitarismo⁶⁶⁰ está motivado por la envidia y el resentimiento: “es muy cierto que tales pasiones se exacerbaban en todo grupo subordinado.”⁶⁶¹ Sin embargo, la eliminación de las di-

⁶⁵⁹ Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia...*, cit., p. 10.

⁶⁶⁰ El ideal del igualitarismo sería igualdad de todos los hombres en todos los aspectos. Se trata de un ideal-límite, señala Bobbio, y precisamente por eso es prácticamente inalcanzable. Históricamente la doctrina igualitaria busca la igualdad para el mayor número de hombres en el mayor número de aspectos. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, traducción de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993, pp. 83 y 84. Sobre el pensamiento de Bobbio sobre la igualdad véase Squella, Agustín, “Libertad e igualdad en el pensamiento político del Norberto Bobbio: ¿se puede ser liberal y a la vez socialista?”, *Doxa*, 21-1, 1998, pp. 351-366.

⁶⁶¹ Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia...*, cit., p. 11.

ferencias insultantes o la intención de socavar la dominación sobre las minorías débiles tiene un sustento en la idea de la justicia.

La historia de abusos cometidos contra la raza negra, contra las mujeres y contra otros grupos minoritarios dentro de la sociedad estadounidense por el grupo que tradicionalmente ha detentado el poder es una historia de injusticias que en ocasiones parece haber quedado en el pasado.⁶⁶² Las generaciones son otras, y lo más frecuente es que aquellas víctimas del pasado, así como sus victimarios, no sean hoy las mismas personas; sin embargo, la situación desfavorecida de aquellos grupos minoritarios tiende a perpetuarse.⁶⁶³ Los marginados de hoy son los hijos de los segregados, los nietos de los otrora esclavos. El rol subordinado de la mujer se perpetúa como efecto de los prejuicios y de los estereotipos falsos.⁶⁶⁴ La vida de los

⁶⁶² Aunque la doctrina sobre las *affirmative actions* se basa sobre todo en la situación de la minoría negra, para efectos de este estudio la equiparamos con otras minorías. No hay duda de que la minoría hispana representa una de aquellas minorías diferenciadas y aisladas a las que nos hemos referido anteriormente. Lluís Samper se refiere a la minoría mexicana y puertorriqueña de la siguiente forma: "...la conjunción entre pobreza, marginación social y fracaso escolar nos lleva a considerarlos como minorías étnicas, y hasta cierto punto raciales —en el primer caso, discriminados por motivos lingüísticos y culturales, y en el segundo, por estigmatización fenotípica y proximidad residencial con las infraclasses afroamericanas". Samper, Lluís, "Estratificación étnica y acción positiva. El caso de California", *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, tercera época, núm. 22, enero-abril de 1999, p. 205.

⁶⁶³ "En muchas partes del país, un negro con un grado universitario recibe un salario igual que el de un blanco que ha abandonado el instituto". Delgado, Richard, "1998 Hugo L. Black Lecture: Ten Arguments Against Affirmative Action-How Valid?", *Alabama Law Review*, vol. 50, 1998-1999, p. 141. Un estudio realizado por la Universidad estatal de Ohio demuestra que la segregación racial tiende a perpetuarse sobre las diferentes etapas de la vida, así como en las generaciones posteriores. El estudio señala que los negros que crecen en un ambiente altamente segregado permanecerán, muy probablemente, en una situación de segregación durante sus vidas adultas. Se demuestra, a su vez, que un ambiente de integración en una dimensión cualitativa —la asimilación racial debe tomar en cuenta no sólo la distribución racial en cierto contexto o ambiente determinado, sino la naturaleza cualitativa de los contactos intergrupales y las experiencias en esos ambientes—, está relacionada con experiencias previas: la asistencia a un colegio desegregado promueve una vida adulta desegregada, pues se eliminan barreras psicológicas como estereotipos negativos. Braddock, Jomills Henry II y McPartland, James M., "Social-Psychological Processes that Perpetuate Racial Segregation. The Relationship Between Scholl and Employment Desegregation", *Journal of Black Studies*, vol. 19, núm. 3, 1989, pp. 267-289.

⁶⁶⁴ Los estereotipos falsos, sin embargo, no son alimentados sólo por el género masculino. El estudio publicado en 2005 por la firma Catalyst —una firma de investigación de Nueva York— titulado *Women "take care", Men "take charge". Stereotyping of U. S. Business Leaders Exposed*, demuestra que las mujeres asumen muchos de los estereotipos que los hombres tienen acerca de ellas, como, por ejemplo, que sean líderes menos efí-

hijos de inmigrantes latinoamericanos no suele ser mucho mejor que la de sus padres.⁶⁶⁵

La justificación de las estrategias para que esta situación cambie debe ser expedita: nada más lejos de la realidad. Desde los primeros mecanismos ideados por el gobierno para terminar con la lacra de las desigualdades injustas aparecieron objeciones. Es una labor complicada tratar de discernir aquellos argumentos que de forma genuina se basan en un afán de justicia de aquellos movidos por prejuicios o egoísmos.

Los argumentos a favor de mecanismos encaminados a cambiar la situación en la que se encuentran ciertos colectivos suelen fundamentarse en diferentes principios: principios de justicia compensatoria, en principios utilitaristas, desde los fundamentos de una interpretación de la igualdad como un principio de no subordinación, o en la idea de una justicia procedimental o democrática.

En este capítulo defenderemos la aplicación de las *affirmative actions* usando como fundamento las ideas de Owen Fiss, y propondremos una nueva interpretación de la igualdad. Los argumentos, contruidos a favor de tales planes, podrían redefinir la defensa de los planes que contienen algún mecanismo que busque la mejora sustancial de al-

cientes. El estudio se basa en un cuestionario aplicado a altos directivos de ambos sexos. Los hombres dijeron ser superiores a las mujeres para resolver problemas, inspirar, delegar y tener impacto sobre los superiores. A su vez, las mujeres se consideraron mejores apoyando y recompensando a los empleados, en tareas como crear empleos, ser mentoras o inspirar a otros. Pero también dijeron que los hombres son mejores a la hora de hacer contactos, e influenciar a los superiores. "Estas son percepciones, no es la realidad", señaló Illene Lang, presidenta de Catalyst. Pero todos sabemos que las percepciones influyen fuertemente en la realidad. Tal vez por eso las mujeres representan el 2% de la lista Fortune 1000 de los presidentes ejecutivos y sólo el 7.9% de la lista Fortune 500 de los ejecutivos de mayores ingresos. Véase Hymowitz, Carol, "¿Son las mujeres víctimas de sus propios estereotipos?", *Reforma: Negocios*, México, 25 de octubre de 2005, p. 11A. El informe completo de Catalyst puede consultarse en línea: www.catalystwomen.org/files/full/Women%20Take%20Care%20Men%20Take%20Charge.pdf, se accedió a la página el 29 de octubre de 2005.

⁶⁶⁵ En los Estados Unidos la escala movilidad social es evidente: "...frente al principio teórico de igualdad de oportunidades, prevalece la reproducción de la estructura de las clases sociales, con variable, pero limitada presencia de procesos de movilidad social". Samper, Lluís, "Estratificación étnica y acción positiva. El caso de California", *cit.*, p. 205. Numerosos estudios demuestran el creciente protagonismo de la subordinación clasista. Las diferencias intergrupales se mantienen relativamente constantes con una jerarquía educativa. Las diferencias no sólo obedecen al origen nacional, algunos análisis estadísticos señalan la presencia de variables como el status socioeconómico familiar y la condición de nativo o inmigrante. *Ibidem*, p. 200.

gún grupo social desfavorecido, sin importar la fuente de las razones de aquella situación.

En el segundo apartado de este capítulo sugerimos que la interpretación de la cláusula de igualdad de la enmienda XIV se haga tomando en cuenta el principio de no subordinación. Si la cláusula de igualdad está redactada en términos deliberadamente abstractos, y si en otras ocasiones la concepción de la igualdad se ha modificado, la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene la obligación de cambiar sus criterios para así proteger los intereses de aquellos que de forma circunstancial se encuentran en situaciones de subordinación.

Para nosotros, el juez deberá separar aquellas normas que presumiblemente tengan como consecuencias la segregación, el sometimiento o que sitúen a un grupo determinado en una posición desfavorecida, de aquellas que tienen como meta la diversidad racial, la eliminación de las desigualdades ofensivas, o terminar con la dominación de un grupo sobre otro.

Tomar en cuenta las diferencias que deberían ser intrascendentes no lleva a contradecir el principio antidiscriminatorio que prohíbe usar rasgos que cualquier persona razonable consideraría intrascendentes. Ante esto tenemos dos opciones: negar la validez absoluta del principio antidiscriminatorio buscando argumentos para que sea admitida una excepción a nuestro principio, o dar un paso más audaz estableciendo un nuevo principio que, de momento, no presenta antinomias. En este trabajo optamos por esta segunda opción. De esta guisa, defenderemos que la concepción correcta del principio de igualdad prohíbe la dominación de los grupos más desfavorecidos. Para sustentar nuestra propuesta debemos diferenciar entre aquellas normas discriminatorias y las normas que contienen una *affirmative actions*. Con esto pretendemos establecer un equilibrio entre los diferentes grupos sociales.

II. LA CONCEPCIÓN DE LA IGUALDAD

Las desigualdades entre los hombres son inevitables; son, podríamos decir, consustanciales al ser humano. En un mundo de bienes escasos, el hombre se ha visto obligado a buscar mecanismos de distribución desigual. Los bienes, derechos y obligaciones han sido otorgados o nega-

dos según una infinidad de criterios:⁶⁶⁶ a cada quien lo suyo,⁶⁶⁷ a cada quien según sus necesidades,⁶⁶⁸ según su mérito,⁶⁶⁹ su esfuerzo.

La lucha del hombre por la igualdad se ha centrado en eliminar las desigualdades injustas, pues la igualdad se considera el elemento fundamental de la justicia,⁶⁷⁰ pero ¿cuáles desigualdades son injustas? Una respuesta sería aquella que señala que desigualdad es simplemente el empleo dispar de las reglas fijas. La aplicación de la misma regla en casos similares se denomina justicia en la aplicación. Ésta prescinde completamente de cualquier consideración de contenido.⁶⁷¹ La justicia en la aplicación, que también se denomina justicia formal, exige que las leyes e instituciones se apliquen igualitariamente.

Aplicar las leyes de forma igualitaria no es garantía suficiente de justicia sustantiva;⁶⁷² sin embargo, una aplicación congruente otorga, en todo caso, certeza jurídica: las personas sabrán lo que se les exige y pueden tratar en esa medida de protegerse a sí mismas.

⁶⁶⁶ A éstos les llama Bobbio criterios de justicia: “criterios que permiten establecer situación por situación en que dos cosas o dos personas pueden ser iguales o igualadas en muchos aspectos...”. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, cit., p. 61.

⁶⁶⁷ Así la define Ulpiano “La voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”, citado por Pettit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, traducción de José Fernández González, México, Porrúa, 1994, p. 19, nota 6.

⁶⁶⁸ Este criterio es propio de las sociedades comunistas. De acuerdo con este modelo, nos explica Campbell, el papel de la justicia es imponer una nueva adjudicación de cargas y beneficios en un sistema productivo esencialmente global que se dirige a la producción eficiente de bienes materiales. Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, traducción de Silvina Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 199.

⁶⁶⁹ La meritocracia es el “poder de la inteligencia”. Bajo este sistema las posiciones sociales son adquiridas gracias a las capacidades personales. Cfr. Fischer, Lorenzo, “Meritocracia”, en Bobbio, Norberto et al., *Diccionario de política*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1983, t. II.

⁶⁷⁰ De ahí que Rolando Tamayo en la voz “Igualdad jurídica” del *Diccionario jurídico mexicano* señale: “La idea de la igualdad dentro del mundo del derecho puede ser considerada en dos aspectos fundamentales: 1) como un ideal igualitario, y 2) como un principio de justicia”. Tamayo, Rolando, “Igualdad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1999, t. III.

⁶⁷¹ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, cit., p. 66. Véase también Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 65.

⁶⁷² “No hay contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que aprueba las formas de discriminación más arbitrarias, sea administrada de modo imparcial y consecuente, aun cuando esto pueda ser improbable... La justicia formal en el caso de las instituciones jurídicas es simplemente un aspecto del imperio del derecho que apoya y asegura las expectativas legítimas”. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 66.

Uno de los principios de distribución más aceptados es el que se basa en el criterio del mérito; según este criterio, ciertos bienes deben ser concedidos a los individuos con mejores aptitudes: talento, capacidad u otro atributo por el que se considere merecedor de dicho bien.⁶⁷³ Pues bien, si llevamos este principio a sus últimas consecuencias en una sociedad hipotética no tardaría mucho tiempo para que se convirtiera en una sociedad injusta.⁶⁷⁴

Para Miller “el estado de cosas justo es aquel en el que cada individuo tiene exactamente aquellas cargas y beneficios que se merece”.⁶⁷⁵ Esta afirmación, sin embargo, nos haría formular la pregunta: ¿qué se merecen las personas?, ¿qué debemos tomar en cuenta para la asignación de cargas y beneficios? Si todos partiéramos de la línea de salida con las mismas oportunidades, parecería lógico suponer que los bienes escasos se distribuyesen de acuerdo con los méritos personales. No obstante, nada es más falaz que el supuesto anterior: ningún ser humano parte de circunstancias idénticas a otro. Cada uno de nosotros nace bajo supuestos irrepetibles; un número infinito de factores influyen, condicionan e incluso determinan nuestra vida futura.⁶⁷⁶ De ahí que sostengamos que las diferencias más radicales, por inadmisibles, deben remediarse.

En realidad, ninguno de los criterios de justicia tiene un valor absoluto, nos recuerda Bobbio.⁶⁷⁷ Las inequidades vendrían dadas como consecuencias de la implementación de cualquier criterio de distribución. Sin embargo, esto no es malo en sí mismo; es más bien natural.⁶⁷⁸ Lo injusto no es la

⁶⁷³ En el ámbito del empleo, el principio del mérito prescribe que los puestos de trabajo deben ser concedidos a los individuos mejor cualificados, es decir, a aquellas personas que tengan las mayores aptitudes y capacidades para llevar a cabo las tareas que esos cargos requieren. Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, 2000, pp. 336 y 337.

⁶⁷⁴ Así lo supone Michael Young cuando se imagina una sociedad hipotética donde rige una sociedad meritocrática (Inglaterra de 2033) donde, basándose en criterios científicos los hombres inteligentes son separados de los demás. Young, Michael, *El triunfo de la meritocracia*, Madrid, Tecnos, 1964.

⁶⁷⁵ Miller, David, *Social Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 20.

⁶⁷⁶ En realidad, la movilidad social es poco menos que un mito. Desde hace años se ha estudiado la relación circular entre segregación residencial, bajos niveles educativos, salarios precarios, empleos escasamente cualificados, necesidad de asistencia social y exclusión de las minorías. Véase Samper, Lluís, “Estratificación étnica y acción positiva. El caso de California”, *cit.*, p. 207.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁷⁸ “Una sociedad de iguales, indican, sería un mundo de falsas apariencias donde los individuos, de hecho no siendo iguales entre sí, estarían obligados a verse y a actuar como si lo fueran. Y el cumplimiento de las falsedades tendría que ser vigilado por una éli-

desigualdad como tal, que existan individuos con más poder que otros, con más dinero o prestigio, no es injusto en sí mismo: sí lo es que esas diferencias sirvan como instrumentos de dominación. En una sociedad cualquiera nos encontraremos con sectores de la población marginados, grupos minoritarios discriminados, aislados o segregados. No obstante, la desigualdad creada bajo un criterio de distribución injusto nos constriñe a buscar soluciones.

1. *El concepto de affirmative action*

La Comisión Norteamericana de Derechos Civiles definió la *affirmative action* como “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”.⁶⁷⁹

En España, los términos más usados son los de “acciones positivas”, traducción del inglés *positive action* usado por la legislación y la doctrina del Reino Unido. No obstante, los términos *affirmative action* y acción positiva no se refieren exactamente a las mismas figuras jurídicas; aunque los términos son similares, pues la idea principal es la de otorgar ciertas preferencias a determinados grupos, en Europa se relaciona más con principios individualistas. En Estados Unidos, los términos se relacionan con una gran variedad de medidas, incluidas las que en Europa se conocen como *hard measures of intervention* o medidas de intervención severa, incluyendo aquellas que establecen cuotas para aumentar la representación de minorías en las universidades o en la fuerza de trabajo. Las *positive actions* consisten más bien en *soft measures* o medidas leves. Estas medidas evitan cuotas explícitas y preservan los criterios meritocráticos.⁶⁸⁰

te o vanguardia cuyos miembros, a su vez, simularían no existir”. Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia...*, cit., p. 10.

⁶⁷⁹ La definición es citada por Martín Vida. *Ibidem*, p. 35. El documento redactado por la Comisión en 1977 se puede encontrar, junto con otros documentos de la comisión, en línea: <http://www.usccr.gov/aaction/aamain.htm>, se accedió a la página el 22 de septiembre de 2005.

⁶⁸⁰ Caruso, Daniela, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 332. Sobre las acciones positivas en Europa, véase Pager, Sean, “Strictness and Subsidiarity: An Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 26, 2003, pp. 35-76.

Otra diferencia es que mientras que en Europa las medidas surgen en desigualdades de género,⁶⁸¹ en Estados Unidos evolucionan en sentido inverso, pues aunque nacen como una medida a favor de la raza negra, actualmente se usan para revertir las consecuencias de la segregación o de género en el ámbito laboral.⁶⁸²

En España existe consenso sobre pocos aspectos a la hora de buscar elementos que delimiten lo que debemos entender por acción positiva o discriminación inversa.⁶⁸³ La polémica comienza al tratar de establecer la diferenciación entre acción afirmativa y discriminación positiva. Las primeras serían aquellas que sólo consisten en medidas favorables para un grupo determinado de la población, sin perjudicar, cuando menos de forma directa, al resto de los individuos. El concepto “discriminación inversa”, se ha insistido, tiene ciertas connotaciones peyorativas que lo hacen parecer impropio. Sin embargo, la discriminación inversa es en realidad un instrumento que, con el objetivo de compensar,⁶⁸⁴ establece ventajas a un grupo desfavorecido, discriminado o infrarrepresentado, provocando perjuicios directos a otros que no son miembros del grupo beneficiado.⁶⁸⁵

⁶⁸¹ En realidad, la eliminación de la discriminación por razón de sexo no era uno de los objetivos prioritarios de las políticas sociales de la comunidad: “al contrario —señala María Ángeles Martín Vida— la incorporación de este precepto se debió a motivos exclusivamente económicos y de prevención del *dumping* social: la legislación social francesa ya recogía el principio de igualdad de remuneración, y Francia temía repercusiones negativas en la competitividad de sus empresas si este principio no se incorporaba al TCE”.

⁶⁸² *United States vs. Steelworkers vs. Weber*, 443 U.S. (1979).

⁶⁸³ De ahí que Encarnación Fernández señale que el término “acción positiva” es de “gran ambigüedad”. Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 95. De la misma opinión: Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, p. 108, nota 116, y Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, IVAP, 1997, pp. 29 y ss.

⁶⁸⁴ Existen dos acepciones del término “compensar” que resultan importantes para nuestro trabajo. En primer lugar, “compensar” significa igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra. La segunda acepción señala: dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado. Pues bien, según el principio de no discriminación, las *affirmative actions* se justificarían para compensar desigualdades provocadas; sería un mecanismo resarcitorio. Nosotros, en cambio, proponemos una compensación que no esté vinculada a una responsabilidad por daño, simplemente compensar allí donde existan desigualdades injustas, tengan o no un antecedente intencional.

⁶⁸⁵ *Fundamentos y límites constitucionales...*, *cit.*, p. 36. Barrère Unzueta explica esto de la siguiente forma: El adjetivo *affirmative* y su traducción al castellano “positivo” hace referencia al carácter de política llevada a cabo por un modelo de Estado social interventor, contrapuesto en este sentido al Estado liberal clásico teorizado en torno a las acciones negativas u omisiones. Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho*

Su carácter diferenciador, señala Giménez Gluck, “estriba en que provocan un daño directo en los miembros de grupos no beneficiarios, puesto que aquí ya no se trata de no obtener determinados beneficios reservados a los colectivos objeto del plan, sino de perder bienes sociales escasos y codiciados, que les hubiera correspondido si no hubieran tenido en cuenta favorablemente el rasgo, es decir, el sexo, raza o discapacidad de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan”.⁶⁸⁶

Para Ruiz Miguel, dos requisitos de la “discriminación inversa”⁶⁸⁷ la distinguen del resto de las acciones positivas: “la atribución de una prefe-

antidiscriminatorio..., cit., p. 44, nota 43. Véase también Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., p. 36, nota 15. El Tribunal Constitucional Español se refiere a los planes objeto de nuestro estudio como “medidas de acción positiva” desde su primer fallo sobre el tema: sentencia 28/1992, del 9 de marzo. La sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto por un hombre inconforme con las ventajas otorgadas a las trabajadoras de la Compañía Telefónica Nacional de España. Las ventajas consistían en un plus de transporte por trabajo nocturno en virtud del convenio colectivo. Para el Tribunal, la medida está justificada no en la distinción llana entre géneros, que en sí mismo no merece discernimiento, la distinción surge del más alto grado de peligrosidad sufrido por las mujeres —factor que le parece razonable al Tribunal—: “Si lo que se pretendió era realmente como parece verosímil, proteger al trabajador contra riesgos en sus desplazamientos nocturnos, en estos términos debió formularse, pues de ese modo aunque en su aplicación concreta el sexo del trabajador pudiera ser considerado como un factor relevante para apreciar la existencia o inexistencia de peligrosidad, no queda excluida *a priori* toda posibilidad de que se atribuyese también el plus de transporte a los trabajadores varones o incluso que, eventualmente, se negase éste a trabajadoras cuyas restantes circunstancias permitiesen negar la existencia de peligro alguno en sus desplazamientos nocturnos”. Nótese que la sentencia no habla nunca de la situación de discriminación histórica, tampoco introduce el uso término sospechoso, eso sí, advierte la necesidad de un análisis que permita discernir entre aquellas normas supuestamente “protectoras” y aquellas que buscan equilibrar una situación fáctica: “compensar una desigualdad de partida”. Esto nos lleva a concluir que, por la justificación de esta acción positiva no estribaba en una situación histórica de discriminación, sino en la finalidad de eliminar el peligro en el “desplazamiento nocturno” de las mujeres al centro de trabajo, factor diferenciador que se juzga relevante. Sobre esta sentencia se consultó: Molina González-Pumariiega, Rocío, *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, Consejo Económico y Social. Departamento de Publicaciones, 2004, pp. 101 y 102, y García-Perrote Escartín, Ignacio y Badiola Sánchez, Ana María, “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia”, *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 15, 2003, p. 57.

⁶⁸⁶ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit., p. 78.

⁶⁸⁷ Ruiz Miguel opta por la palabra inversa en la medida, dice, que ésta alude “a la inversión de una discriminación precedente, mediante una discriminación de signo opuesto”.

rencia por determinados rasgos y la existencia de una particular escasez de recursos”. Inmediatamente después señala: “la discriminación inversa favorece a una persona por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado, preferencia que supone, de un lado, desigualdad y, de otro, utilización de un rasgo o motivo sospechoso”.⁶⁸⁸

2. ¿Rasgo diferenciador sospechoso?

Para Ruiz Miguel, como vimos, una de las características de la “discriminación inversa” es que el rasgo diferenciador debe ser sospechoso; es decir, se ha usado para discriminar: “la utilización de un rasgo o motivo sospechoso es lo que permite hablar de discriminación en el sentido fuerte de la palabra, por lo que la discriminación racial o sexual nos parece cualitativamente más grave que otras desigualdades...”.⁶⁸⁹ En realidad, el mayor obstáculo para la utilización de la discriminación inversa es precisamente la existencia de “rasgos sospechosos”.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *cit.*, p. 126. En otro momento Ruiz Miguel ha señalado que la discriminación inversa tiene dos características básicas: “la medida correctora diferenciadora es discriminatoria y no simplemente desigualitaria, en el sentido de que se refiere a un tipo especial de desigualdad, por rasgos como el sexo, la raza o similares...”. Rasgos que serían inmodificables, transparentes y considerados de forma negativa. Además, se producen en una situación de especial escasez, lo que implica perjuicios a otras personas. Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en Valcárcel, Amelia, *El concepto de Igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, 1994, p. 80. Véase también Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad como diferenciación”, en varios autores, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1994, p. 288; *id.*, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, p. 79, nota 79. Encarnación Fernández, hablando de los planes de “discriminación inversa”, señala: “Éstas consisten en un trato desigual que, además, utilizan como criterio alguno de los rasgos «sospechosos de inconstitucionalidad.» En efecto, los grupos en situación de desventaja social a quienes benefician estos tratamientos preferenciales están definidos precisamente por algunos de esos rasgos (la raza y el sexo, especialmente. También la minusvalía)”. Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, *cit.*, pp. 96 y 97. En el mismo sentido, Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad...*, *cit.*, p. 72; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 85 y 86.

⁶⁸⁹ Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa...”, *cit.*, p. 126.

⁶⁹⁰ Para Drew Days III, la oposición a los programas de acción afirmativa es consecuencia de la animosidad de la raza blanca contra los negros, es decir, la misma animosidad que llevó a la segregación racial y a la discriminación. Days, Drew S. III, “Acción afirmativa”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, *cit.*, p. 41.

En el capítulo anterior hemos tenido la oportunidad de conocer la razón por la cual en los Estados Unidos la raza se considera como sospechosa en las clasificaciones. En la Corte Suprema existe una fuerte polémica sobre si se debe considerar como sospechosa una clasificación racial creada con la finalidad de beneficiar a miembros de determinada minoría. Resulta curioso que en España la doctrina parece estar convencida de que la raza es un criterio sospechoso cuando en realidad ninguna norma o política del gobierno que use la raza como criterio clasificador, con el propósito de beneficiar a una determinada minoría, ha llegado al Tribunal Constitucional.⁶⁹¹

Por ejemplo, para Giménez Gluck, las acciones positivas pueden basar sus clasificaciones en alguna condición individual y concreta que ubica a los beneficiarios en una situación de real desventaja, como puede ser una minusvalía. En este caso, tendrán como finalidad la de compensar la desigualdad material que los individuos padecen. Esto provocará que su justificación constitucional sea relativamente sencilla, es decir, son juicios de mera racionalidad. En cambio, la discriminación positiva, que basa sus clasificaciones legales en rasgos tradicionalmente utilizados para discriminar, como la raza o el género, provocaría un estudio más minucioso de su constitucionalidad.⁶⁹² Como vemos, para él, la utilización de criterios determinados da lugar a un estudio “minucioso”, es decir, un escrutinio más estricto.⁶⁹³ No obstante, el razonamiento que usa Giménez

⁶⁹¹ Rey Martínez propone precisamente la implementación de “acciones positivas” a favor de ciertos colectivos españoles, como la etnia gitana. Rey Martínez, Fernando, “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003, p. 103. Son pocas las sentencias del Tribunal Constitucional español que han tratado el tema de discriminación racial; un estudio de ellas se puede encontrar en este ensayo de Rey Martínez. Sobre la protección contra la discriminación racial en España véase Asís Roig, Agustín E. de, “Discriminación por razón de raza”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989, pp. 9-26.

⁶⁹² Cfr. Giménez Gluck, David. *Una manifestación...*, cit., pp. 64 y ss.

⁶⁹³ Debemos destacar lo peligroso que puede ser la importación de las soluciones que se han encontrado en Estados Unidos. Como hemos tenido ocasión de señalar el *sui generis* contexto en el que se desarrollan las *affirmative actions* en Estados Unidos ha tenido como consecuencia la implementación de determinadas soluciones que no tienen porque aplicarse en Europa. En Estados Unidos, es precisamente el uso de un escrutinio estricto el principal obstáculo para las normas que, usando la raza como rasgo diferenciador, intentan una igualdad sustancial en las sociedad: “La Corte Suprema estadounidense, sin embargo, con su aplicación del *strict scrutiny test* en todos los supuestos, tanto si se trata de clasificaciones raciales «benignas» como si se orientan a perpetuar la situación de in-

Gluck constituye un sofisma: si la raza o el género han sido rasgos usados para discriminar, parece fácil incurrir en el error de suponer que habría que considerarlos sospechosos. Sin embargo, si son precisamente los rasgos como la raza o el género aquellos que se han usado para discriminar, y como consecuencia de esas distinciones el grupo se encuentra en desventaja en una serie de ámbitos, parece más lógico deducir que serán esos mismos rasgos los utilizados en la norma o política pública para identificar al grupo que se pretende beneficiar, y que no cabe sospecha alguna. Pugnamos por la utilización de conceptos más abiertos, lo que permitiría una mayor libertad a la hora de su implementación.⁶⁹⁴ Parece más sensato el razonamiento que hace María Ángeles Martín Vida: “Lo que el artículo 14 CE prohíbe no es hacer uso de los criterios en él enumerados, sino tratar determinados individuos como si fuesen inferiores, menospreciando su dignidad como seres humanos”.⁶⁹⁵

3. Miembros históricamente discriminados

Como vimos, algunos autores señalan como requisito indispensable que los sujetos beneficiados por una discriminación positiva sean miem-

ferioridad y exclusión de un cierto colectivo, parece estar perdiendo de vista en los últimos años el carácter no neutro sino asimétrico del principio antidiscriminatorio”. Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., p. 156. En realidad, el racismo en los Estados Unidos es una experiencia asimétrica, más que simétrica: ha sido negada la dignidad y el derecho al igual respeto a las minorías. Por lo que una solución simétrica a un problema asimétrico perpetuaría el problema. Cfr. Cook, Anthony, “Critical Race Law and Affirmative Action: The Legacy of Dr. Martin Luther King, Jr”, cit., p. 73.

⁶⁹⁴ El requisito de discriminación histórica es obviado por Eliane Vogel-Polsky: “Un programa de acción positiva está formado por un conjunto de medidas de impulsión que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y las mujeres en materia de oportunidades, sobre todo mediante la supresión de las desigualdades de facto que limitan las oportunidades de formación profesional de las mujeres y repercuten sobre sus condiciones de empleo, con inclusión de los ascensos”. Vogel-Polsky, Eliane, “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 104, núm. 2, 1985, p. 232.

⁶⁹⁵ Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., p. 136. De la misma opinión es David Chang: “Mi sugerencia es que tanto el gobierno federal como los gobiernos locales deben ser libres de usar clasificaciones raciales para beneficiar a las víctimas tradicionales de prejuicios raciales, siempre y cuando no sean adoptadas como consecuencia de animosidades raciales, favoritismo o estereotipos”. Chang, David, “Discriminatory Impact, Affirmative Action, and Innocent Victims: Judicial Conservative Justices?”, *Columbia Law Review*, vol. 91, 1991, p. 831. La traducción es nuestra.

bros de un grupo históricamente discriminado. En realidad, la doctrina no reconoce unánimemente que la pertenencia de sujeto favorecido a un grupo “históricamente discriminado” sea un elemento *sine qua non* para que un sujeto sea considerado acreedor a alguna preferencia respecto a los individuos no miembros de dicho grupo. Martín Vida señala como requisito para que las personas que sean beneficiadas por las *affirmative actions* el que éstas “se hallen en una situación de desventaja por su pertenencia (activa o no, consciente o no) a un cierto colectivo”. Pertenencia que se demostrará por la posesión de un “rasgo completamente inmutable e íntimamente ligado, en tanto que definitorio de su identidad, a su dignidad como ser humano”.⁶⁹⁶

Existen grupos que no cuentan con una historia discriminatoria en su contra, pero por determinadas razones se encuentran en una situación desfavorecida. El caso de ciertos grupos de inmigrantes extracomunitarios en España podría ser un claro ejemplo de lo anterior; su situación no parece obedecer a “prejuicios arraigados” en su contra, y sí puede obedecer, por ejemplo, al temor de los españoles a perder el trabajo por la competencia que representan esos extranjeros: “cuando se producen concentraciones de inmigrantes aumentará la discriminación hacia ellos porque su empleo será considerado causa de desempleo en la mayoría”.⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., p. 38; García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa”, cit. García Añón habla de “discriminación tolerada” en contraposición con la “discriminación justificada o justa”. Señala que según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las medidas de discriminación inversa constituyen una excepción a un derecho individual: “para hacer efectivo el principio de igualdad en una dimensión material, se pueden adoptar medidas que en algunos casos excepcionen o puedan vulnerar la otra dimensión del principio-derecho de igualdad, su dimensión formal”. Esta concepción se entendería en el “sentido negativo, como excepciones a la igualdad de trato”. Propone una concepción diferente de estos planes; una discriminación justificada o justa, que aunque en principio parezcan atentar contra la igualdad: “son necesarias para hacer efectiva en sus dos dimensiones, formal y material, ya que no pueden entenderse de forma separada”. *Ibidem*, pp. 7 y 8. Para Luis Prieto, el común denominador de las minorías es su “...posición de desventaja, y sólo en la medida en que ocupen dicha posición constituyen una minoría, ya sea desventaja jurídica o institucional, ya de desventaja económica o social”. Prieto Sanchís, Luis, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, núms. 15 y 16, 1994, p. 370.

⁶⁹⁷ Véase Prada, M. Ángel de et. al., *Estudios sobre migraciones internacionales 9. La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España*, Ginebra, Servicio de Migraciones para el Empleo, Oficina Internacional del Trabajo, 2002, p. 10.

García Añón señala que la discriminación inversa “debe extenderse a todos los colectivos desfavorecidos, y no sólo para las mujeres: extranjeros, minorías étnicas, minorías lingüísticas, minusválidos...”.⁶⁹⁸ Asimismo, Sierra Hernaiz se acerca a esta concepción de la discriminación inversa, pero de forma ambivalente, pues primero señala como uno de los requisitos para la implementación de “acciones positivas” el que beneficie a grupos que han sufrido un “proceso sistemático de discriminación”, pero inmediatamente después advierte que:

A la hora de implementar medidas de acción positiva es necesario verificar que los grupos beneficiados no disfrutan de una igualdad de oportunidades plena como consecuencia de *los efectos de conductas discriminatorias que se perpetúan en el tiempo*. No importa que su origen se encuentre en un pasado mediato o inmediato; lo relevante es que la discriminación afecte o pueda afectar, de una manera directa o indirecta, clara o sutil, a todos los integrantes de ese grupo colectivo.⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa...”, *cit.*, p. 14.

⁶⁹⁹ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, p. 114. Esta idea es compartida por Nuria González: “La *affirmative action* es, por supuesto, legítima; es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social. Sí es cierto, también, que no tiene una función exclusivamente resarcitoria de las víctimas actuales de la discriminación; tiene además, un objetivo claro de reequilibrio y redistribución de las oportunidades entre los géneros, entre las razas...”. González Martín, Nuria, “Igualdad de oportunidades: *affirmative actions*”, en Buen Lozano, Néstor de (coord.), *Memorias del Undécimo Encuentro Iberoamericano del Derecho de Trabajo*, México, Instituto de Estudios Educativos y Sindicales de América-Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. 226. Nuria González reitera esta posición en “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”, en Jiménez Lara, María José y Franco Rojas, Ricardo (coords.), *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, Sevilla, Mergablum, Edición y Comunicación, 2002, pp. 186-207, y en “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las *affirmative actions*”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, 2002, pp. 89-109. Para Manuela Tomei, las *affirmative actions* serían: “tratar a una subclase o a un grupo social de manera diferente para mejorar sus posibilidades de obtener un bien determinado o para lograr que obtenga un porcentaje de determinados bienes”. Como vemos, esta definición se encuentra más acorde con el principio que prohíbe subordinación o dominación de grupos sociales. Tomei, Manuela, “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, 2003, p. 453. Federico Arcos señala que “La acción positiva es un instrumento que pretende el efectivo cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación social que impide a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos”.

Para Martínez Tapia, son características de las acciones de “discriminación inversa” las siguientes: 1) Son medidas extraordinarias: configuran una excepción al principio general de igualdad. 2) Deben durar el tiempo estrictamente necesario para cumplir su finalidad. 3) Nunca deben afectar derechos fundamentales. 4) Se justifican por su finalidad, que debe ser de interés de la comunidad, tomándose en cuenta los efectos que de hecho se produzcan. 5) No pueden traducirse en discriminación directa y negativa para la mayoría.⁷⁰⁰

Las *affirmative actions* en Estados Unidos tienen un fundamento legal en el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, enmendada por la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972.⁷⁰¹ El tratamiento es diferente del que se otorga en Europa. Las diferencias se explican por los diferentes antecedentes que han dado lugar a la utilización de dichos planes; como ya se dijo, la historia de discriminación hacia la raza negra en los Estados Unidos y la intención de terminar con sus efectos es el motivo principal de las *affirmative actions*; sin embargo, estos planes se han ampliado a la protección de otras minorías raciales o étnicas y a favor de las mujeres.

4. *Discriminación justa*

Recordemos que discriminar tiene dos acepciones: separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra. Como lo señalamos en su momento, la cla-

Arcos Ramírez, Federico, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 1.

⁷⁰⁰ Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, cit., p. 67. Véase también Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 57. Más adelante señalaremos que el primero de los requisitos señalados por Martínez Tapia se relaciona con una visión de la igualdad como prohibición de discriminación. Bajo esta visión, las *affirmative action* serían una excepción del principio de igualdad. Según nuestra propuesta, las *affirmative actions* son un instrumento dirigido a un real cumplimiento del principio de igualdad.

⁷⁰¹ La ley fue una respuesta a los movimientos en pro de los derechos civiles de aquella época —el 28 de agosto de 1963, 200 000 personas se manifestaron en el capitolio a favor de estos derechos—. La Ley de Derechos Civiles incluye en su título VI la prohibición de discriminar con base en la raza, color u origen nacional de todos los beneficiarios de fondos federales, incluyendo en el ámbito de la educación. En su título VII señala el carácter ilegal de la discriminación en el empleo o dentro de los sindicatos de trabajadores, así como la creación de la Equal Opportunity Employment Commission (EEOC) con el propósito de terminar con la discriminación privada.

sificación legislativa consiste en establecer criterios de diferenciación. Las normas, al establecer destinatarios, distinguen entre sujetos a los que les ordena, prohíbe o autoriza un comportamiento.⁷⁰² Esa distinción o discriminación entre sujetos no debe ser arbitraria, pues debe estar dirigida a la consecución de ciertos fines legítimos.⁷⁰³ La discriminación proscrita por el derecho es aquella que otorga un trato de inferioridad, intencional o no, a una persona o colectividad, aunque no exclusivamente, por motivos raciales, religiosos, políticos u otros rasgos diferenciadores.

Hemos dicho que cuando las normas parecen discriminar a un grupo desfavorecido, la defensa de la norma deberá señalar que éstas están dirigidas a la consecución de un fin legítimo; se requiere que ese objetivo sea apremiante. Usando la idea de Rawls sobre principios “racionales, pero improcedentes” podemos empezar a preguntarnos acerca de la razón de su injusticia. Algunos argumentos a favor de cierta discriminación pueden parecer racionales; sin embargo, los percibimos como injustos.

Para aclarar lo anterior analicemos el siguiente ejemplo: un argumento a favor de la segregación podría consistir en que ésta favorece al bienestar colectivo. Si inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, la comisión de admisiones de alguna universidad, libre de prejuicios, motivada por la idea de que los despachos no requieren abogados negros, podría decidir formar sólo abogados de raza blanca. La misma medida podría justificarse, porque la universidad sospechara que las aportaciones de los graduados disminuirían de forma drástica si se admitiera a un estudiante negro.⁷⁰⁴ La finalidad de aquellas normas no es perjudicar a aquellas personas negras que pudieran desear ingresar a la facultad; sin embargo, los efectos concretos marginan y establecen diferencias insultantes entre las personas.⁷⁰⁵

⁷⁰² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 17.

⁷⁰³ Por legitimidad entendemos conformidad con una la razón pública libre de egoísmo o intereses personales. Recordemos que para Rawls la legitimidad está íntimamente vinculada a la idea de la razón pública, es decir, se relaciona con la voluntad de los ciudadanos “razonables y racionales”. Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., 168.

⁷⁰⁴ Estos son los ejemplos que propone Dworkin como argumentos perfectamente racionales. Entendemos que para Dworkin el único argumento válido en contra de estas políticas universitarias sería aquel que señalase que toda discriminación en contra de los negros es “injustificable porque es injusta e insultante”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 334-338.

⁷⁰⁵ Respecto al derecho al voto, podríamos suponer que una norma que obliga a pagar una tarifa módica para ejercer el derecho al voto está motivada por la búsqueda de un

Se podría aducir, como en ocasiones se hace, que el error intrínseco de esas normas discriminatorias es el hecho mismo del uso de clasificaciones raciales.⁷⁰⁶ Otros podrían argumentar que la injusticia se basa en los prejuicios que existen sobre el grupo desfavorecido. Por último, se podría señalar que lo reprochable de estos actos son los efectos que implica la desigualdad en aquellos grupos.

Pues bien, sostenemos que los criterios raciales o de género o de cualquier otra índole no son por sí mismos nocivos: sí lo son cuando su uso involucra la intención de causar daño, o cuando los efectos de las normas provocan un perjuicio a un grupo social diferenciado y aislado. Sostenemos que son los efectos de la norma los que nos deben hacer presumir una transgresión al principio de igualdad constitucional y no la sola mención de criterios sospechosos. Ya señalamos que en ocasiones los rasgos sospechosos no se encuentran en el texto de la ley. Debemos dejar claro que usar la intención discriminatoria (entendida como trato de inferioridad) para establecer si se ha violado el principio de igualdad es inútil, la intención puede existir, y no necesariamente los efectos adversos. Asimismo, puede no existir intención de discriminar y provocar efectos dañinos para un grupo.⁷⁰⁷

Aunque es verdad que en un mundo ideal las diferencias raciales deberían ser intrascendentes y, por lo tanto, las clasificaciones que apelen a la raza deberían ser consideradas irracionales, en realidad, la raza sigue siendo un factor que influye y en ocasiones determina la vida de los hombres, provoca desigualdades injustas; por tanto, si utilizamos las diferencias raciales para alcanzar una igualdad sustancial las debemos considerar no sólo legítimas, sino necesarias.⁷⁰⁸

compromiso real en una elección determinada. Sin embargo, la medida excluiría a personas sin recursos económicos. Este es el ejemplo que establece Ely para comprobar que lo racional o irracional de las leyes no es suficiente para consideraciones de constitucionalidad. Para Ely, la negación del derecho al voto necesita una justificación más poderosa. Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 145 y ss. Este razonamiento se encuentra adscrito a la posición de Ely sobre la representación de las minorías como un requisito de validez para que las normas se puedan considerar democráticas.

⁷⁰⁶ Para ellos, las clasificaciones raciales son malas en sí mismos. Las clasificaciones raciales deben estar por eso proscritas.

⁷⁰⁷ A esto, en los Estados Unidos se le llama *disparate impact*, y en Europa, “discriminación indirecta”. Lo anterior lo analizaremos en el capítulo IV.

⁷⁰⁸ Una opinión similar puede verse en Delgado, Richard, “1998 Hugo L. Black Lectura...”, cit., p. 147.

5. *Justificaciones de las affirmative actions*

Hemos señalado que las *affirmative actions* son instrumentos modernos que se idearon para cambiar la situación de desigualdad para la minoría negra. Como es obvio suponer, los jueces no contaban con precedentes sobre los cuales sustentar sus decisiones, de ahí que los argumentos usados a favor y en contra de estos planes son al final argumentos morales.

Antes de conocer los pormenores de las sentencias sobre las *affirmative actions* realizaremos una defensa teórica de éstas. La defensa de dichos planes puede consistir en un argumento retrospectivo o *backward-looking* o en un argumento que mira al futuro o *forward-looking*.⁷⁰⁹

El argumento retrospectivo se fundamenta en una justicia compensatoria, y se base en el análisis del pasado; busca el resarcimiento de los daños causados por situaciones históricas. Ésta es la defensa tradicional de las *affirmative actions*. Hoy por hoy, las sentencias de la Corte que consideran constitucional alguna *affirmative action* se fundamentan precisamente en la idea de la compensación por los daños pasados. Esto sucede porque tal justificación es menos controvertida cuando un juez ordena procedimientos preferentes para aquellas personas que fueron segregadas o marginadas o, en general, sufrieron un trato de inferioridad.⁷¹⁰

Otro argumento mira al presente y al futuro basado en principios de justicia distributiva. Ronald Dworkin, por ejemplo, considera que las *affirmative actions* son de utilidad social. Ely sostiene que los planes que mejoran la situación de los negros o de otras minorías son un mandato constitucional de tipo adjetivo o procedimental, y esto tendría como consecuencias una mejor representación social. Por último, se puede argumentar que las *affirmative actions* están justificadas por una interpretación del principio de igualdad como prohibición de la subordinación.

6. *Los argumentos en pro de las affirmative actions basados en una justicia compensatoria*

Para Aristóteles, la justicia reparadora se deriva de los actos voluntarios o involuntarios.⁷¹¹ Las normas de justicia reparadora se subdividen,

⁷⁰⁹ Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., p. 146.

⁷¹⁰ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 326.

⁷¹¹ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, cit., p. 139. Para Rosenfeld, la justicia compensatoria es siempre una *backward-looking*. Rosenfeld, Michel, "Metro Broadcasting, Inc, v.

además, en normas de justicia compensativa y normas de justicia correctiva. Las primeras tienen por objeto restablecer el equilibrio perturbado mediante la compensación de la parte ofendida. Las segundas, buscando infligir un castigo al culpable del fraude o la violencia. En realidad, la justicia reparadora puede considerarse una clase de justicia distributiva, en la que los beneficios y las cargas que hay que asignar están representados por recompensas y castigos.⁷¹² La concepción clásica de la justicia compensatoria se refiere a los daños causados en una relación de individuos particulares.

Resulta curioso que John Rawls, habiendo desarrollado una de las teorías más importantes escritas sobre la justicia y por ende sobre la igualdad, no se haya ocupado del problema tan polémico como son las *affirmative actions*. No obstante, si tuviéramos que relacionar su teoría de la justicia con alguna justificación para el uso de las *affirmative actions* sería precisamente con la idea de una justicia compensatoria.⁷¹³

Recordemos que la justicia de Rawls está basada en una teoría contractualista. La propuesta presupone un estado de naturaleza, en la que personas que no tienen derechos y obligaciones políticas llegan a un acuerdo sobre las bases del contrato social para establecer un sistema social y/o político en el que se le reconozcan derechos y obligaciones.⁷¹⁴

La posición original para Rawls, que es una versión del hipotético estado de naturaleza es “el *statu quo* inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en él sean imparciales”. Este hecho, señala Rawls, da lugar a la denominación de “justicia como imparcialidad”: los principios de justicia de aquella sociedad estarán determinados por lo que aquellos hombres elijan en una deliberación bajo la teoría de la elección racional. Uno de los requisitos para la elección de principios es que nadie esté colocado en una posición ventajosa o desventajosa por la fortuna natural o por las circunstancias sociales. Parece también ampliamente aceptado —señala Rawls— que debería ser imposible la adap-

FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality”, *cit.*, p. 589, nota 28.

⁷¹² Oppenheim, Felix E., “Justicia”, en Bobbio, Norberto *et al.*, *Diccionario de política*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1983, t. II.

⁷¹³ Allen, Robert, “Rawlsian Affirmative Action: Compensatory Justice as Seen from the Origins Position”, *Social Philosophy*. En línea: <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Soci/SociAlle.htm>, se accedió a la página el 7 de noviembre de 2005.

⁷¹⁴ Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *cit.*, p. 102.

tación de principios a las circunstancias particulares. Además, dice, debemos asegurarnos de que las inclinaciones particulares, así como las concepciones de las personas sobre su bien, no afecten los principios adoptados. Pues bien, si los requisitos establecidos por Rawls no son cumplidos en una sociedad determinada, el equilibrio debería restablecerse según el principio de compensación que afirma, según Rawls, que “las desigualdades innmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son innmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo”.⁷¹⁵

La obligación de reparar los daños recae en todo aquel que causa un daño a otro. El antecedente de la reparación por daño los encontramos en Roma. En el año de 287 a. C., en los comicios de la plebe y a propuesta del tribuno Aquilio se dictó una ley, conocida después como *Lex Aquilia*, que tenía por objeto regular la reparación del daño causado a otro. Su objeto era limitado: se refería a los hechos de matar o herir a un esclavo o animal, destruir o deteriorar una cosa.⁷¹⁶

En el contexto del derecho civil, el concepto de daño está relacionado en todas las legislaciones modernas con el perjuicio. La sanción de la ejecución civil comprende dos obligaciones, nos recuerda Kelsen: “la obligación de no ocasionar daño, como obligación principal, y la obligación de reparar el daño ocasionado violando esa obligación, como obligación accesoria que sustituye la obligación principal violada”.⁷¹⁷

En el contexto norteamericano, la idea de una reparación de los daños causados a la raza negra tuvo lugar en mayo de 1969, cuando James Foreman interrumpió un servicio religioso en la iglesia de Riverside, Nueva York, para leer el Manifiesto Negro, en el que se exigían 500 millones de dólares como “reparación” por parte de las Iglesias blancas y las sinagogas por su participación en la explotación de pueblo negro norteamericano.⁷¹⁸ Si los negros han sufrido discriminación en el pasado, debe existir la obligación de reparar los daños.

⁷¹⁵ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 103. Para otorgar una igualdad de oportunidades la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. *Idem*.

⁷¹⁶ Bunster, Álvaro, “Daño”, en varios autores, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1999, t. II.

⁷¹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 137.

⁷¹⁸ Sobre este episodio, véase Deane, Herbert A., “La justicia compensatoria y distributiva”, en Mooney, M. y Stuber, F., *Los humanistas y la política. Aliciente en tiempos difíciles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 29; Ogletree, Charles Jr., “Re-

Existen muchos ejemplos en los Estados Unidos de demandas que buscan la reparación de los daños causados a los ciudadanos negros.⁷¹⁹ Algunas de esas demandas motivan sus peticiones en los daños causados en la esclavitud,⁷²⁰ otras buscan la reparación de los daños causados en la era de la segregación racial. Parece haber una clara diferencia entre los argumentos esgrimidos a favor de la reparación de los daños causados a los negros en ambas etapas históricas. Los esclavistas están ahora muertos; en cambio, muchos de aquellos que cometieron crímenes contra los negros en la época de la segregación racial pueden ser identificados hoy. Las demandas tienen como antecedentes las presentadas por las víc-

pairing the Past: New Efforts in the Reparations Debate in America”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 38, 2003, p. 287. Sobre la distinción entre justicia compensatoria y distributiva véase también Izzo, Alec Anthony, “The Jurisprudence of Affirmative Action: Equality in Abstraction and Application”, *cit.*, pp. 168 y ss.

⁷¹⁹ Sobre la cuestión véase, sobre todo, el ensayo de Ogletree, Charles Jr., “Repairing the Past...”, *cit.*

⁷²⁰ Existen algunos argumentos en contra de la reparación por los daños causados a la raza negra. Aunque muchos de ellos son verdaderos sofismas vale la pena conocerlos: 1) no es un solo grupo el responsable por los crímenes de la esclavitud: también los negros africanos, así como los árabes, se dedicaron al tráfico de personas; 2) no fue un solo grupo el que se benefició por los frutos de la esclavitud: la demanda de la reparación de los daños está condicionada por la creencia de que sólo los blancos se beneficiaron de la esclavitud. Si la fuerza de trabajo negra otorgó bienestar a los norteamericanos, obviamente estableció beneficios a los negros norteamericanos, incluyendo para los descendientes de esclavos; 3) sólo una minoría de norteamericanos negros eran dueños de esclavos (sólo uno de cada cinco ciudadanos del sur de la época previa a la guerra de secesión eran esclavistas); 4) los Estados Unidos son actualmente una sociedad multiétnica, por lo que la mayoría de sus habitantes no tienen relación (directa o indirecta con la esclavitud); 5) los precedentes históricos de reparación no se aplican: las víctimas judías del holocausto o los japoneses internos de la Segunda Guerra fueron directamente afectados por los actos criminales, no así los negros de los Estados Unidos; 6) no existe evidencia acerca de que la situación económica sufrida por los negros sea consecuencia de la esclavitud que terminó hace 150 años; 7) la demanda de reparación convierte a los miembros de la comunidad negra en víctimas, mensaje dañino para el total de la comunidad; 8) en todo caso, la reparación hacia los negros ha sido pagada: millones de dólares han sido transferidos en concepto de ayudas sociales y preferencias raciales; 9) ¿qué hay de la deuda de los negros con los Estados Unidos? Fueron hombres ingleses y de los Estados Unidos los primeros en luchar contra la esclavitud, y fue en los Estados Unidos donde se proclamó el principio de que todos los hombres fueron creados iguales. 10) La idea de la reparación es una idea separatista. Lo que es contrario a los propios intereses de los negros, pues hay que recordar que la comunidad negra de los Estados Unidos es la comunidad negra más rica y más privilegiada que existe. Horowitz, David, “Ten Reasons Why Reparation for Blacks is a Bad Idea for Blacks and Racist Too”. En línea: www.frontpagemag.com/Articles/ReadArticle.asp?ID=1153, se accedió a la página el 18 de octubre de 2005.

timas judías del Holocausto en Europa,⁷²¹ así como las indemnizaciones exigidas por los japoneses internados durante la Segunda Guerra Mundial en territorio norteamericano.⁷²²

El problema de la justicia compensatoria es su vínculo con la responsabilidad:⁷²³ ¿quién debe responder por la discriminación: el Estado o la sociedad en su conjunto? La otra cuestión es: ¿quiénes son las víctimas de la discriminación: aquellas directamente afectadas o lo son todos los miembros del grupo discriminado?

7. ¿Responsabilidad de quién?

Recordemos que la responsabilidad por delito ajeno aparece cuando la sanción es dirigida contra alguien distinto al delincuente: un miembro de la propia familia, de la propia raza o del mismo Estado; es decir, contra un miembro de un grupo cuyos integrantes más o menos se identifican entre sí.⁷²⁴

⁷²¹ En abril de 2005, el juez federal de los Estados Unidos, Edward R. Korman, concedió a los herederos de una familia austriaca la mayor indemnización pagada hasta ahora: casi 17 millones de euros para María Altman, de 89 años. La familia de María, los Boch-Bouer —judíos austriacos que contaban con una de las mayores fortunas de su país— depositaron todo el dinero en efectivo que pudieron reunir en varios bancos suizos sólo unos días antes de que Hitler se anexionara Austria en marzo de 1938. El dinero nunca les fue devuelto a los Boch-Bouer. Se pudo demostrar ante el juez que algunos bancos, especialmente Credit Suisse Group y UBS AG destruyeron los comprobantes y la demás documentación. Pino, Javier del, “Suiza repara el expolio nazi. Bancos suizos indemnizan a los herederos de sus clientes judíos saqueados”, *El País*, 15 de abril de 2005. Sobre las reparaciones a los judíos véase Alfieri, Carlos, “El Estado de Israel y el holocausto”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 144, 2004, pp. 71-73.

⁷²² Una de las activistas más importantes que lucharon por la reparación de los daños causados a la raza negra fue Queen Mother Audley Moore. Otra organización que pugna por la reparación de los daños cometidos a los descendientes de africanos es The National Coalition of Black Reparation Activist (N’COBRA), fundada en 1987. Véase el documento informativo publicado por la organización, en línea: www.ncobra.org/pdf/Information%20Sheet%20Master%20-%20NCOBRA.pdf, se accedió a la página el 18 de octubre de 2005.

⁷²³ Rodríguez, Marcela V., “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Facio Alda y Fries, Lorena (ed.), *Género y derecho*, Santiago, LOM Ediciones-La Morada, 1999, pp. 256 y ss.; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., pp. 94 y ss. Para Javier de Lucas, la justificación de la discriminación inversa como una mera compensación es criticable, pues la justicia compensatoria implica responsabilidad y resultaría establecer la titularidad activa y pasiva. Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, cit., p. 498.

⁷²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 135.

Una característica de la justicia compensatoria es la identificación de las víctimas. La ONU, en su Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Crímenes y del Abuso del Poder, del VII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y del Tratamiento de los Criminales (Congreso de Milán, 1985),⁷²⁵ señaló que:

Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

En el párrafo segundo agrega: “El término víctima, incluye también a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.⁷²⁶ Pues bien, el principio de rectificación impone: 1) el deber de reparar el daño de aquel que haya incurrido en una infracción identificada; 2) que únicamente pueda beneficiarse el perjudicado por tal acto ilegal.⁷²⁷ El problema es que en los casos de discriminación no es tan sencillo determinar quién es la víctima.

En el ámbito del empleo un ejemplo claro de discriminación sería aquel cometido por un empleador que se negase a ascender a un empleado por su sola pertenencia a un grupo racial o étnico. Tal discriminación puede ser abierta: las normas que exigían la segregación racial en los Estados Unidos son un claro ejemplo de esto. Pero también la discriminación puede presentarse en prácticas encubiertas: las leyes pueden estar redactadas

⁷²⁵ El Congreso tiene como antecedente el Congreso de Caracas, 1980. En línea: http://www.cinu.org.mx/11congreso/UN/antecedentes_02.htm, se accedió a la página el 17 de octubre 2005. Sobre las nociones de víctima y victimario véase Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, México, Porrúa, 2000, pp. 56-60; Martínez Solares, Verónica, “Víctimas y justicia penal”, en García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 76-88.

⁷²⁶ VII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y del Tratamiento de los Criminales, *op. cit.*, p. 45.

⁷²⁷ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, p. 95. Para Alfonso Ruiz Miguel al fundamentar la “discriminación inversa” en una justicia compensatoria se “parte de principios específicos establecidos con antelación, mirando más bien hacia el pasado que al futuro”. Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa...”, *cit.*, p. 82.

en términos neutrales, pero sus efectos pueden ser adversos.⁷²⁸ A otra forma de discriminación se le denomina discriminación social *de facto*. Se reconoce que en todas las sociedades existen grupos que por sus especiales circunstancias se encuentran discriminados, por su raza, su etnia, su religión o por su nacionalidad, su cultura o por su lengua.⁷²⁹

Herbert Deane señala el error de tratar de utilizar a favor de las *affirmative actions* argumentos que obedecen a cuestiones de justicia entre individuos.⁷³⁰ Justificar la discriminación inversa bajo un argumento de justicia compensatoria sería romper con su esquema clásico.⁷³¹ Sin embargo, algunos han sostenido precisamente eso: romper la concepción clásica de la responsabilidad. La solución sería no exigir la relación de causalidad entre la conducta y el remedio.⁷³² De ahí que se le denomine “restitución equitativa”. Paul Freund explica la noción de la restitución equitativa así: si yo recibo un obsequio consistente en objetos robados, totalmente ignorante de su procedencia, al tener noticia de su origen tengo la obligación de restituirlo a su legítimo propietario. De esta forma, si consideramos que la discriminación pasada contribuyó a las ventajas de los blancos; ventajas que se han perpetuado al igual que la situación de los negros, “entonces podremos aplicar el principio de la restitución equitativa sin necesidad de buscar la culpa o daños individuales”.⁷³³

La doctrina defensora de las *affirmative actions* tiene como argumento preferido precisamente el que las relaciona con una justicia compensatoria. Según esta idea, para que las personas gocen de una igualdad real se debe buscar el equilibrio para quien ha sido tratado con desigualdad.⁷³⁴

⁷²⁸ La norma puede haber sido diseñada con intención de discriminar o simplemente sus efectos son contrarios a los buscados inicialmente.

⁷²⁹ Days, Drew S. III, “Acción afirmativa”, *cit.*, pp. 54 y 55.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁷³¹ Ésa es la concepción aristotélica de la justicia correctiva: se aplica esencialmente a las transacciones entre individuos en las cuales una persona ha sufrido daño o lesiones y la otra persona, a quien se tiene por responsable de la parte dañada, o es obligada a sufrir castigo para restituir el equilibrio entre las partes. *Cfr.* Deane, Herbert A., “La justicia compensatoria y distributiva”, *cit.*, p. 32.

⁷³² Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, p. 97.

⁷³³ Freund, Paul A., “Igualdad, raza y trato preferente”, en Mooney, M. y Stuber, F., *Los humanistas y la política*, *cit.*, pp. 48 y 49.

⁷³⁴ Para gran parte de la doctrina norteamericana la justicia compensatoria es el fundamento básico de las *affirmative actions*: Trakman, León E., “Substantive Equality in Constitutional Jurisprudence: Meaning Within Meaning”, *Canadian Journal Law Jurisprudence*, vol. VII, núm. 1, enero de 1994, p. 29.

Sostenemos, sin embargo, que la idea de la compensación tiene una serie de inconvenientes. Para Rosenfeld, por ejemplo, justificar las *affirmative actions* desde un punto de vista de la compensación estaría asociado con una noción de la igualdad “marginal”, en contraposición con los que creen en una igualdad “global”.

La idea global de la igualdad justificaría las *affirmative actions* en virtud de su búsqueda de una justicia distributiva.⁷³⁵ Para el profesor de la Universidad de Yeshiva, los magistrados que tradicionalmente se han decantado por la posición marginal de la igualdad mantienen también una posición a favor de analizar las clasificaciones raciales bajo un escrutinio estricto. Por su parte, los magistrados que mantienen una posición global frente a la igualdad, usualmente están de acuerdo con el uso del escrutinio intermedio. La posición marginal de la igualdad estaría relacionada con la idea de la compensación, porque circunscribe los objetivos de las *affirmative actions* al resarcimiento de los daños provocados por discriminaciones pasadas.

Otra característica de la justicia compensatoria es que ésta coloca a la igualdad en el plano de los derechos negativos. Ésta es la postura sostenida por Frank Cross, quien señala que cuando la Corte Suprema limita las *affirmative actions* a los casos probados de discriminaciones pasadas cometidas por el Estado demuestra que lo que parece un derecho positivo es en realidad la consecuencia de la violación previa de un derecho negativo,⁷³⁶ es decir, el derecho a no ser discriminado por el Estado.⁷³⁷ Si las *affirmative actions* siguieran esta lógica, no podría justificarse el que éstas fueran utilizadas para beneficiar a todos aquellos

⁷³⁵ Rosenfeld, Michel, “Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality”, *cit.*, p. 589. Sobre las diferencias entre justicia correctiva y distributiva véase *id.*, “Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal”, *Ohio St. L. J.*, vol. 46, 1985, pp. 845-860. Sobre la idea de igualdad marginal y global véase también Izzo, Alec Anthony, “The Jurisprudence of Affirmative Action: Equality in Abstraction and Application”, *cit.*, pp. 166 y ss.

⁷³⁶ Cross, Frank B., “The Error of Positive Rights”, *UCLA Law Review*, vol. 48, 2000-2001, p. 683.

⁷³⁷ Martín Vida señala lo difícil que puede resultar establecer el monto de compensaciones “cálculo de la entidad de la compensación”, y que quienes se vean perjudicados por medidas de esta naturaleza siempre recurrirán a argumentos de no culpabilidad, presentándose a sí mismos como “víctimas inocentes” de los programas de discriminación inversa. Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, *cit.*, p. 154.

miembros de minorías cuya discriminación por el Estado no se pueda probar.⁷³⁸

Muchos estudios de la sociedad estadounidense demuestran que ciertos grupos minoritarios se encuentran en situaciones de desventaja en diferentes ámbitos, todos los miembros del grupo social han sido perjudicados.⁷³⁹ De ahí que por justicia todos merecen ser beneficiarios con medidas que intenten igualar sus condiciones. Esto es precisamente lo que impide una visión compensatoria: sólo aquellos que han sido perjudicados de forma directa pueden ser sujetos de “resarcimiento”.

8. *El argumento utilitarista*

Las justificaciones de las *affirmative actions* desde un punto de vista de la doctrina del utilitarismo han gozado de éxito en la defensa legal de los programas de acceso a las universidades en los Estados Unidos de Norteamérica. Nos referimos a la diversidad racial, recientemente declarada un objetivo constitucional.⁷⁴⁰

La diversidad racial es uno de los principales argumentos a favor de las *affirmative actions*, ya que es precisamente utilitarista. La *racial diversity* en las universidades se defiende por sus consecuencias positivas en el ambiente universitario o en la sociedad en su conjunto, y es considerada como un valor que se debe promover por el bien de todos.⁷⁴¹ Sin embargo, no es un utilitarismo al estilo de Bentham, donde los fines jus-

⁷³⁸ Esto tendría como consecuencia que sólo en ciertos ámbitos donde la discriminación ha sido probada podrían justificarse las *affirmative actions*. Es decir, la discriminación social de facto no es justificación válida para la Corte Suprema.

⁷³⁹ Para esto es importante el concepto de grupo social. El grupo social tendría como característica el vínculo cultural de sus miembros; miembros que se sentirían identificados con la identidad del grupo por su historia común o por su situación social. Por eso, el perjuicio causado al grupo en su conjunto repercute en los miembros en lo individual. Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., pp. 77-85.

⁷⁴⁰ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S.(2003), 14. *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. (2003).

⁷⁴¹ La diversidad se ha convertido en el valor promovido por antonomasia en las universidades. Basta con echar un vistazo a las publicaciones recientes: Shuck, Peter H., “The Perceived Values of Diversity, Then and Now”, *Cardozo Law Review*, vol. 22. 2001-2002, pp. 1915-1960; Goldsmith, Stephen, “Value-Added Diversity”, *Stanford Law Review*, vol. 10 1998-1999, pp. 233-237; Archer, Dennis W., “The Clark Y. Gunderson Lecture of 2002: The Value of Diversity: What the Legal Profession Must/Should do to Stay Ahead of the Curve”, *South Dakota Law Review*, vol. 48, 2003, pp. 73-82; Kronman, Anthony T., “¿Is Diversity a Value in American Higher Education?”, *Florida Law Review*, vol. 52, 2000, pp. 861-896.

tifican los medios a cualquier costo. La defensa utilitarista está más relacionada con las ideas de Ronald Dworkin o con las de Ely, que son, en cierto modo, utilitaristas.⁷⁴²

Desde una visión liberal, la distribución equitativa es perseguida por la justicia que representa en sí misma. Para la visión utilitaria, en cambio, la justa distribución será aquella analizada a la luz de las consecuencias que produce.⁷⁴³ Recordemos que el padre del utilitarismo, Jeremías Bentham (1748-1832),⁷⁴⁴ niega la existencia de derechos naturales. Es más, en su escrito *Anarchial fallacies* (sofismas anárquicos) ataca con virulencia las declaraciones de derechos franceses, “resaltando con particular ironía la debilidad filosófica, la inconsistencia lógica y los equívocos verbales y la total ineficiencia práctica”.⁷⁴⁵

En contraposición a toda la doctrina prevaleciente en la época formula el principio de utilidad: el único criterio que debe inspirar al buen legislador es el de hacer leyes que tengan por efecto la mayor felicidad del mayor número.⁷⁴⁶ Para él, la frase “tal acto es bueno” significaría que lo es en función de que éste contribuye a aumentar el placer y disminuir el dolor del mayor número posible de personas.⁷⁴⁷

Recordemos que el principio de utilidad se puede dividir en dos principios: hedonista y consecuencialista, así como en una teoría psicológica. El hedonismo responde a la pregunta de cuál es el fin de la acción moral proclamando que la única cosa que es buena en sí misma es la que pro-

⁷⁴² Para David Richards, la teoría de Ely, al apelar a la teoría política crítica y rechazar la mayor parte de los argumentos históricos, se puede calificar de utilitarista. Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, *cit.*, p. 152.

⁷⁴³ García G., Dora Elvira, “Liberalismo, Constitución y democracia”, *Jurípolis*, año 4, núm. 7, p. 284.

⁷⁴⁴ Por supuesto, el estudio del utilitarismo rebasa nuestras pretensiones en este trabajo. Recordemos sólo que los estudios de Bentham sobre el utilitarismo se encuentran básicamente en Bentham, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal. Obra extractada de los manuscritos de Bentham por Dumont, Estevan*, traducción de Anduaga Espinosa, Baltasa, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1841, y Bentham, Jeremy, *Colección de obras del célebre Jeremías Bentham*, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1841.

⁷⁴⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, “Liberalismo y democracia”, *cit.*, p. 69.

⁷⁴⁶ *Idem.*

⁷⁴⁷ Sobre el pensamiento de Bentham se consultaron: Araujo, Cícero, “Bentham: el utilitarismo y la filosofía política de moderna”, en Boron, Atilio A. (comp.), *La filosofía política moderna de Hobbes a Marx*, *cit.*; Escamilla Castillo, Manuel, “Utilitarismo y liberalismo en la teoría del derecho”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. VI, núm. 2, diciembre de 1997, pp. 115- 140; Farrell, Martín Diego, *Utilitarismo, liberalismo y democracia*, México, Fontamara, 1997.

duce placer y, por tanto, la que produce dolor es mala *per se*. El principio consecuencialista o teleológico considera que la corrección o incorrección de un acto moral depende de la bondad o maldad de los resultados. La teoría psicológica o egoísta sostiene que las reglas morales provienen de las necesidades humanas.

En las discusiones contemporáneas encontramos ideas utilitaristas respecto a la justicia. Un ejemplo de lo anterior sería el pensamiento de Ronald Dworkin. Aunque en su libro *Los derechos en serio* se encuentran críticas a la visión utilitarista que no toma en cuenta los derechos, Dworkin no olvida que el utilitarismo siempre está presente en leyes, y que es necesario para la configuración de todo derecho: “La gran mayoría de las leyes que disminuyen mi libertad se justifican por razones utilitarias, porque favorecen el interés general o el bienestar general”.⁷⁴⁸

Para el profesor de Oxford, no hay una antinomia entre el utilitarismo y una teoría de los derechos: los derechos son instrumentos normativos necesarios para asegurar la neutralidad e imparcialidad del utilitarismo. Por tanto, el utilitarista es igualitarista en la medida en que valora por igual los intereses o preferencias.⁷⁴⁹

9. *El utilitarismo en el pensamiento de Ronald Dworkin*

Antes de analizar los argumentos utilitaristas de Dworkin, parece necesario establecer en qué consiste el utilitarismo clásico. Es necesario recordar la concepción utilitarista de John Stuart Mill, concepto más acorde, entendemos, con las ideas del profesor Dworkin.

Las ideas de Bentham se ven matizadas por las de John Stuart Mill (1807-1873).⁷⁵⁰ Aunque Mill es un utilitarista declarado,⁷⁵¹ concibe aque-

⁷⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 341.

⁷⁴⁹ Spector, Horacio, “La filosofía de los derechos humanos”, *Working Papers*, 56, 1999, p. 26. En línea: <http://www.utdt.edu/publicaciones/papers/wp056.pdf>, se accedió a la página el 8 de octubre de 2005.

⁷⁵⁰ Sobre el utilitarismo de Mill, véase García Añón, José, *Racionalidad y universalidad: “el espectador imparcial” y el imperativo categórico de Kant a Mill*, Sevilla, Lagares, 2003, y García Añón, José, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.

⁷⁵¹ John Stuart Mill fue formado en el radicalismo liberal inculcado por su padre, James Mill (1773-1836), y por el propio Bentham. En su juventud se ve influido por los escritos de David Ricardo (1772-1823). Mill leyó con avidez *Los elementos de economía política* de este último; sin embargo, en sus primeros escritos refuta los principios liberales de Ricardo, así como los de Adam Smith (1723-1790). El utilitarismo, señala García

lla doctrina como limitada por los derechos de las minorías. Gracias a la influencia de autores como Comte (1798-1857), Coleridge (1772-1834), y John Austin (1790-1859) se aparta del radicalismo benthamiano.⁷⁵²

La influencia de Austin fue decisiva para que Mill estableciera que las reglas de la mayoría podían aplastar a las minorías ilustradas.⁷⁵³ Otras influencias, como Harriet Taylor (1807-1858) y John Taylor provocaron la reinterpretación del utilitarismo de Bentham.⁷⁵⁴ Así, el que el pensamiento político de Mill lo podamos denominar ecléctico: combina lo bueno de la influencia de la aristocracia con las virtudes de una democracia bien regulada.⁷⁵⁵

Mill formula la doctrina de los placeres superiores e inferiores que supone la reelaboración de la de su padre. También difiere de las ideas de Bentham; mientras que Bentham mantiene una posición cuantitativa de la felicidad y un concepto egoísta de la naturaleza humana, Mill sostiene la preferencia de la felicidad general a la particular.⁷⁵⁶ A esta nueva formulación del principio de utilidad se le denomina hedonismo univer-

Añón, no es necesariamente una doctrina liberal, de ahí que Mill tratara de resolver las contradicciones entre las tesis de Ricardo y Bentham. García Añón, José, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, cit., p. 4. Mill comulga especialmente con las críticas de Bentham a los grupos que detentan el poder político. En el verano de 1822 trabaja en su ensayo contra la superioridad de los ricos como prejuicio de los aristócratas. Las ideas contenidas en estos escritos fueron el germen de sus preocupaciones posteriores: derecho a la resistencia, la libertad de expresión, los problemas de la libertad de las mujeres y negros, la solidaridad con los pobres. Mill concibe a la Constitución como un instrumento de dominación sobre las clases desprotegidas. *Ibidem*, p. 9. Sobre la biografía intelectual de Stuart Mill véase también el prólogo de Alice Rossi en: Mill, John Stuart y Taylor Mill, Harriet, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, traducción de Pere Casanellas, Madrid, Mínimo Tránsito, A Machado Libros, 2000, pp. 17-91.

⁷⁵² Recordemos que el radicalismo inglés está ligado a la respuesta a las nuevas situaciones sociales derivadas de los sucesos de los siglos XVI y XVII y a los resultados de la Revolución Industrial. En torno a los sucesos del “Siglo de las Luces” en Inglaterra, se manifiestan las primeras batallas políticas de los radicales. Colombo, Arturo, “Voz radicalismo”, en Bobbio, Norberto *et al.*, *Diccionario de política*, cit., t. II.

⁷⁵³ García Añón, José, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, cit., pp. 17 y 18.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, pp. 19 y 20. Sus modificaciones al utilitarismo clásico, señala Añón, se centraron en el reconocimiento de la existencia de diferencias cualitativas entre los placeres y en el descubrimiento de la faceta de la *sympathy* en el concepto de la felicidad, en la consideración como fin indirecto y por consiguiente la posibilidad de perseguir fines secundarios, la preocupación por el cultivo interno del individuo y de los sentimientos. *Ibidem*, p. 21.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, pp. 23-26.

⁷⁵⁶ Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, traducción de Esperanza Guisán, Barcelona, Altaya, 1997, pp. 90 y 91.

salista. Es un concepto amplio de felicidad que incluye autonomía, autorrealización, independencia y dignidad, y que se denomina felicidad moral. Este concepto lo aleja de la idea del utilitarismo clásico agregativo, donde el criterio de felicidad sería el bien de todos los individuos considerados de forma imparcial.⁷⁵⁷ La consecuencia lógica de los argumentos de Mill conducen a la idea de que la mayor felicidad de las personas descansa en la mayor felicidad para todos, porque hay un tipo superior de felicidad que incluye los intereses de todos como propios.⁷⁵⁸

Este utilitarismo se parece más al de la justificación de las *affirmative actions* de Dworkin expresada en *Los derechos en serio*. Dworkin parte de la base de que el Estado no puede satisfacer todas las necesidades o requerimientos de los ciudadanos: el Estado atiende sólo a algunas de esas necesidades que considera prioritarias.⁷⁵⁹ El criterio que Dworkin considera idóneo para establecer prioridades es el criterio de la utilidad, sin embargo no en el sentido clásico que no toma en cuenta los intereses de la minoría y donde sólo priman los intereses egoístas agregados de la mayoría, el utilitarismo del que habla Dworkin toma en cuenta el bienestar de todos, incluyendo el de aquellos que pueden tener un perjuicio directo por las medidas implementadas.

Dworkin ha recibido algunas críticas, precisamente, por su postura utilitarista. Calsamiglia sugiere que la justificación de Dworkin conduce a incoherencias en la teoría liberal.⁷⁶⁰ Sin embargo, el argumento de Dworkin debe ser interpretado como un utilitarismo donde el Estado toma en cuenta el interés de todos, pero se deshace de los argumentos egoístas de algunos. Es verdad que para Dworkin debe primar el bienestar social ante los intereses personales; sin embargo, deja claro que esto es así sólo cuando los intereses personales sean de naturaleza egoísta.

Esto se relaciona más con el utilitarismo de Mill que hemos descrito. Para Mill, como para Emmanuel Kant, la máxima que debe regir la con-

⁷⁵⁷ Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, cit., p. 92.

⁷⁵⁸ García Añón, José, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, cit., pp. 61-76.

⁷⁵⁹ El ejemplo que da Dworkin es el siguiente: "Si la comunidad puede construir una piscina de natación o una sala de teatro, pero no las dos cosas, y hay más gente que quiere la piscina, el argumento [utilitarista] recomienda que la comunidad la construya, a menos que los que quieren el teatro puedan demostrar que sus preferencias son tanto más intensas que alcanzan mayor peso a pesar de la inferioridad numérica". Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 341.

⁷⁶⁰ Calsamiglia, Albert, "Ensayo sobre Dworkin", en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 23.

ducta debe ser tal que sea admitida como ley para todos. Sin embargo, el propio Kant⁷⁶¹ reconoció que la justicia debe ser perseguida en cada caso tomando en cuenta los costos sociales implicados —si el principio meritocrático es la regla universal que debe regir en las pruebas de ingreso de las universidades o para ser merecedor de un empleo, deberíamos reparar en el hecho de sus consecuencias reales: exclusión de las minorías de las universidades o de los empleos mejor remunerados—. ⁷⁶² De ahí que Mill agregue al imperativo categórico que el individuo deba preferir los intereses de la sociedad, incluso frente a los propios. Y esto es así porque su concepto de felicidad no está ligado necesariamente con la idea del placer, sino a la felicidad de todos. ⁷⁶³ En el entendido de que una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor o, si se prefiere la terminología de Mill, una sociedad más feliz. En esta sociedad no habría cabida para los argumentos egoístas que prefieren una sociedad desigual. ⁷⁶⁴

Lo que se infiere de los argumentos de Dworkin y de Mill es que para establecer criterios justos de distribución de bienes no basta seguir los designios de la mayoría; los deseos de la mayoría deben motivarse en deseos imparciales que busquen el bien común. El bien común sería precisamente la búsqueda de una sociedad más igualitaria, una sociedad en donde el pertenecer a un grupo racial deje de suponer presunciones sobre la posición social, el grado de educación, o la posición económica.

Recordemos que las reglas morales para Mill tendrían como característica el de ser guías de la conducta. La motivación de aquellas normas se realizará, en el ámbito externo, a través del derecho y la opinión pública, mientras que, en el ámbito interno, se harán a través de la educa-

⁷⁶¹ Beschle, Donald L., “Kant’s Categorical Imperative: An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing”, *Pepperdine Law Review*, vol. 31, 2003-2004, p. 963. Sobre la idea de la igualdad en Kant véase Klappenbach, Augusto, “Igualdad y diferencia. En la filosofía moral de Kant”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 46, 1994, pp. 58-63.

⁷⁶² Los retractores de las *affirmative action* usan también un argumento utilitarista al preguntarse cuántos innovadores o premios Nobel se pierden —individuos de los que se beneficiaría la sociedad en general— al rechazar candidatos mejor cualificados de las universidades de más prestigio. YU, Chong-Ho: “Rethinking Policy: Is Affirmative Action Compatible with Fairness”. En línea: <http://www.creative-wisdom.com>, se accedió a la página el 2 de noviembre de 2005. Esto parece en realidad improbable, si tomamos en cuenta que aquellos con un potencial excepcional no tendrán ningún problema para acceder a los primeros sitios.

⁷⁶³ Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, cit., p. 62; García Añón, José, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, cit., p. 84.

⁷⁶⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 347.

ción y la conciencia.⁷⁶⁵ Pero en la búsqueda de cumplir los fines utilitarios de los que habla Dworkin, es decir, intereses idealistas, ¿es válido sacrificar los derechos fundamentales de otros pocos? Aquellos que, por ejemplo, no encontraron un espacio en las universidades o les fue negado un puesto de trabajo ¿se les ha inculcado un derecho fundamental? Si la respuesta fuese positiva estaríamos ante una incoherencia con el resto de la filosofía de Dworkin. La crítica la plantea Juan Carlos Velasco de esta forma:

...resulta paradójico observar cómo Dworkin (que, como ya se ha señalado, considera que ningún objetivo social que viole los derechos individuales se puede justificar aunque contribuya al bienestar general) acaba defendiendo, con algunas matizaciones, la discriminación positiva como un medio efectivo para solucionar los problemas sociales.⁷⁶⁶

No obstante, no encontramos ninguna paradoja o antinomia en la defensa a las *affirmative actions* hechas por Dworkin, pues, una y otra vez, deja claro que el acceso a las universidades no es un derecho fundamental: “Es obvio que DeFunis no tiene derecho constitucional alguno a que el Estado le asegure una educación jurídica de cierto nivel”.⁷⁶⁷ En otro momento Dworkin señala que la cláusula de igualdad constitucional no protege a los ciudadanos de todas las distinciones o clasificaciones legales,⁷⁶⁸ sino sólo de aquellas a través de las cuales se niega un derecho fundamental. Dworkin, sin embargo, parece sugerir que la negación a la educación elemental sí privaría de las herramientas mínimas que necesita una persona para su desarrollo en la sociedad.

Para Dworkin, la concepción de la igualdad puede ser tomada como objetivos comunes.⁷⁶⁹ Los objetivos comunes serán válidos si no existe argumento de principio de más fuerza que el principio utilitario. De ahí que Dworkin critique los argumentos que pretendan justificar la discri-

⁷⁶⁵ Mill, John Stuart, *El utilitarismo*, cit., p. 96; García Añón, José, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, cit., p. 95.

⁷⁶⁶ Velasco Arroyo, Juan Carlos, “Luces y sombras de la discriminación positiva”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 90, 1999, p. 67.

⁷⁶⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 330 y 331.

⁷⁶⁸ Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, traducción de María Julia Bertomeu, Barcelona, Paidós, 2003.

⁷⁶⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 157-162. Un objetivo común puede ser que la riqueza máxima no exceda el doble de la riqueza mínima. *Ibidem*, p. 159.

minación en contra de una minoría. Considera que estarían basados en argumentos utilitaristas que se apoyan en preferencias externas.⁷⁷⁰

Es verdad, el Estado no puede darlo todo; sin embargo, sí puede evitar las desigualdades insultantes o impedir el monopolio blanco en la vida intelectual; eso es precisamente lo que provoca la eliminación de los planes con preferencias raciales en las universidades.⁷⁷¹

10. *John Hart Ely y la defensa procedimental de las affirmative actions*

Ely basa toda su teoría constitucional en una visión procedimental de la Constitución. Para él, el mandato constitucional de igualdad se refiere a igual participación; cumpliendo este requisito procesal la Constitución cobrará eficacia plena. La participación de las minorías en la vida política del país es un requisito indispensable de una democracia real. Sin la debida participación de dichas minorías las normas emanadas del órgano Legislativo estarán viciadas de origen. Ely considera que las *affirmative actions* serían un mecanismo idóneo para lograr una mejor representación de las minorías. Así, por ejemplo, más abogados negros que representen a su grupo en los más altos niveles son necesarios para la realización de una democracia real y no sólo formal.⁷⁷²

Los fundamentos en una justicia procedimental descansan en los ideales democráticos de participación. Según esta concepción, las desigualdades

⁷⁷⁰ Las preferencias externas serían las preferencias políticas, preferencias altruistas y preferencias moralistas, en contraposición a las preferencias personales. Spector, Horacio, "La filosofía de los derechos humanos", *cit.*, p. 26; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, pp. 342 y 243.

⁷⁷¹ Por ejemplo, en 1996, antes de que la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito invalidara el plan de *affirmative actions* de la Texas Law School, la facultad había admitido a treinta y un estudiantes negros; para el año siguiente sólo fueron admitidos cuatro. *Ibidem*, p. 449.

⁷⁷² Una visión apropiada de la cláusula de igualdad es para Ely precisamente "garantizar procedimientos equitativos". Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, *cit.*, p. 37. Ya en el capítulo primero señalamos los pormenores de la teoría de Ely. No está de más recordar que para él: "...la Constitución original estaba principal, si no abruptamente, dedicada a problemas de proceso y estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos". *Ibidem*, p. 118. De la misma opinión es Michael Bastarache, para quien se debe promover la diversidad y eliminar los modelos tradicionales de discriminación, con el objetivo de incrementar la participación de los grupos infrarrepresentados en la sociedad. Bastarache, Michel, "Does Affirmative Action Have a Future as an Instrument of Social Justice", *Ottawa Law Review*, vol. 29, 1997-1998, p. 499.

sociales son consecuencia de un déficit democrático. Las *affirmative actions* estarían justificadas porque éstas otorgan a las minorías espacios de poder. La defensa de las *affirmative actions* por parte de Ely está en armonía con el resto de su teoría jurídica-constitucional.⁷⁷³ Para Ely, el racismo es una enfermedad que se cura con una mayor participación de los grupos minoritarios en la vida profesional, así como en los estratos más altos de la sociedad:⁷⁷⁴ el hecho de que sea la mayoría la que establece una distinción con base en la raza en contra de una minoría es suficiente para suponer una intención ilegítima, no sucede lo mismo cuando esa misma mayoría usa una clasificación que perjudique a miembros del mismo grupo mayoritario y beneficia a la minoría.⁷⁷⁵

Marion Iris Young se manifiesta en términos parecidos a los de Ely cuando señala que la distribución desigual de bienes en la sociedad no se refiere sólo a cuestiones materiales, como el dinero. La mala distribución provocaría sociedades injustas: “Dado que se presume que tal situación es injusta, se dispone una redistribución del poder que lo disperse y des-

⁷⁷³ La postura de Ely sobre las *affirmative actions* se puede encontrar en Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., pp. 204-214; id., “The Constitutional of Reverse Racial Discrimination”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, 1973-1974, pp. 723-741; id., “Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 79, núm. 7, 1970, pp. 1205-1342.

⁷⁷⁴ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 204; id., “The Constitutional of Reverse Racial Discrimination”, cit., p. 723.

⁷⁷⁵ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 205. “No existe peligro de que la coalición que conforma la mayoría blanca en nuestra sociedad niegue a los blancos en general su derecho a igual atención y respeto. Los blancos no van a discriminar contra todos los blancos por razones de perjuicio social, y tampoco se verán tentados a subestimar las necesidades de los blancos relativamente, por ejemplo, a las de los negros, como tampoco a subestimar el costo de diseñar un sistema de clasificación más finamente ajustado que extendiera a ciertos blancos las ventajas que conceden a los negros”. Esto lo señala previamente en: “The Constitutional of Reverse Racial Discrimination”, cit., p. 727. Podemos observar que si se comparan con el resto de la población, los grupos sociales discriminados por cuestiones raciales o sociales se caracterizan por contar con desventajas en diferentes ámbitos. Estos grupos tienen un acceso más difícil a bienes escasos, como educación, salud o vivienda —la baja representación de las minorías raciales en la educación superior es el ejemplo más claro de esto—. Algunos estudios han demostrado que en aquellos Estados donde la representación política de los negros es mayor, los progresos en materia de educación, salud o vivienda se ven afectados positivamente. Los estados del sur de Estados Unidos son aquellos que cuentan con menor representación política de la minoría negra, y es justamente en aquellos estados donde existen fuerzas que continúan negando la igual representación política para los negros. Véase Darden, Joe T., “Black Political Underrepresentation in Majority Black Places”, *Journal of Black Studies*, vol. 15, núm. 1, 1984, pp. 101-116.

centralice de modo que ya no sean solo unos pocos individuos o grupos los que tengan todo o la mayor parte del poder”.⁷⁷⁶ En realidad, la idea de Young es más radical que la de Ely, pues va más allá de la simple promoción de participación de las minorías en la toma de decisiones. Para Young, en la sociedad se encuentran dos elementos que determinan la estructura social: la opresión y la dominación. La opresión consiste en procesos institucionales sistemáticos que impiden a determinadas personas aprender y usar habilidades satisfactorias y expansivas. La dominación consiste en la presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de la condición de sus acciones.⁷⁷⁷

11. *Nuevo principio distributivo: la igualdad entendida desde la teoría antisubordinatoria*

Si nos basáramos en el principio de igualdad interpretado como principio de no discriminación, que tiene como principal anatema la discriminación por motivos raciales o de género, el uso de las *affirmative actions* supondría la necesidad de justificar la transgresión, ya que dichos planes utilizan precisamente esos rasgos diferenciadores. Nosotros defenderemos las *affirmative actions* desde la teoría de la no subordinación, teoría que se basa en una nueva interpretación del principio constitucional de la igual-

⁷⁷⁶ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 59.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 68. Las ideas de Young son una perspectiva feminista de la justicia. Para el feminismo reciente es inaceptable que las disposiciones políticas y económicas produzcan desventajas desproporcionadas para las mujeres. El feminismo duda de todo principio de justicia tradicional, pues considera que, como consecuencia de su naturaleza tan teórica, tiende a excluir a todo aquel que es diferente. La propuesta de Young es modificar paradigmas como el de la distribución y centrarse más en la idea de la dominación y opresión, que son cuestiones fundamentales para la teoría de la justicia como la propia idea de la distribución: “Sostengo que, en lugar de centrarse en la distribución, una concepción de la justicia debería comenzar por los conceptos de dominación y opresión”. *Ibidem*, p. 12. Las instituciones tienen que estar dirigidas a eliminar la opresión y la dominación. *Ibidem*, pp. 37-45. Una teoría de la justicia tendría que abarcar categorías como estructura y procedimiento de toma de decisiones, división de trabajo y cultura. Sobre la obra de Young véase el capítulo nueve de Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, cit., pp. 201-219. Sobre las diferentes corrientes dentro del movimiento feminista véase Böhmer, Martín Federico, “Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 179-190.

dad. Para los defensores de esta postura, la cláusula de igualdad bien interpretada prohíbe la existencia de dominación, de subordinación de un grupo sobre otro.⁷⁷⁸

Recordemos que la justicia distributiva se ocupa del reparto de los honores y de los bienes que cada uno ha de recibir en función de, por ejemplo, su mérito, su aportación, su necesidad. La justicia distributiva busca la relación proporcional entre el dar y el recibir; dado que las personas no son iguales tampoco será igual la proporción que deban obtener.⁷⁷⁹

A diferencia de la justicia compensatoria, en la justicia distributiva el sujeto titular del derecho sería siempre la persona individual, mientras que el sujeto pasivo u obligado puede ser la autoridad política como representante de la comunidad.⁷⁸⁰

La concepción clásica de la justicia distributiva no requiere una responsabilidad definida, de ahí que sea más adecuada como fundamento en la implementación de las *affirmative actions*.⁷⁸¹ Interpretar el principio de igualdad con fundamento en la justicia social nos llevaría a concebirla como un mandato que nos constriñe a erradicar las desigualdades entre los diferentes colectivos dominantes; puede consistir también en un mandato para terminar con los efectos de una discriminación anterior o simplemente promover una justicia distributiva en el presente.⁷⁸²

⁷⁷⁸ Algunos autores han dividido estas justificaciones en dos: la deontológica y la teleológica. La deontológica sería aquella relacionada con una justicia compensatoria; la teleológica está relacionada con la idea de alcanzar igualdad sustancial, en la solidaridad o en el igualitarismo. Sobre las formas de justificar las *affirmative actions* véase Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, cit., p. 73, y Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa...”, cit., p. 82; Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, cit., pp. 493-500.

⁷⁷⁹ Para un análisis general de la justicia véase Álvarez Lesdesma, Mario, *Introducción al derecho*, cit., pp. 309-371.

⁷⁸⁰ Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 209-223; Benson, Peter, “The Basis of Corrective Justice and its Relations to Distributive Justice”, *Iowa Law Review*, vol. 77, 1991-1992, pp. 515 y 516.

⁷⁸¹ Así lo considera Marcela Rodríguez. Para ella, “Este principio no toma en cuenta el pasado sino el presente y el futuro, a los efectos de determinar cuál es la forma más justa de asignar los bienes y recursos sociales y políticos”. Rodríguez, Marcela V., *Igualdad, democracia y affirmative actions*, cit., pp. 256 y ss.

⁷⁸² Tomei, Manuela, “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, cit., p. 453. Para Manuela Tomei, la presencia desigual de los miembros de minorías en determinados ámbitos “puede hacer necesario adoptar medidas especiales, entre otras, las de «acciones afirmativas», que suelen denominarse con la expresión «discriminación positiva»”.

Si el Estado debe realizar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre sus miembros no importa si la repartición actual de las cargas y beneficios fueron atribuidas con apego a un criterio de justicia en particular; si los resultados los consideramos ahora injustos se puede aplicar un criterio de justicia distributivo nuevo, más acorde con los que consideramos hoy como relación proporcional. Pero ¿cuál es ese criterio de justicia que debe aplicar el Estado?, ¿cómo justificar las diferencias de trato que implican las *affirmative actions* si partimos de la premisa básica: nadie debe ser considerado merecedor de recursos adicionales por el mero hecho de pertenecer a una cierta raza, ser varón o mujer?⁷⁸³

Además de las tres justificaciones de las *affirmative actions* antes descritas: justicia compensatoria, utilitarismo y teoría de la antisubordinación, se podrían usar argumentos basados en el principio de la solidaridad.⁷⁸⁴ La solidaridad puede derivar de la reformulación de la moralidad liberal.⁷⁸⁵ Para Jesús González Amuchategui, la solidaridad tiene relación

...con los fundamentos del derecho social, con una interpretación igualitaria de los derechos humanos en la que encuentran cabida los derechos sociales, con la atribución de importantes competencias al Estado en relación con el bienestar de los ciudadanos, y con la adscripción a los individuos de obligaciones positivas hacia los demás, obligaciones que se podrían imponer coactivamente.⁷⁸⁶

⁷⁸³ La raza como muchos otros rasgos son hechos moralmente irrelevantes, no así el género, pues las diferencias entre los géneros se consideran dignas de tomarse en cuenta.

⁷⁸⁴ Mahony, Roger, "A Call to Solidarity: a Pastoral Statement on Catholic Social Teaching and Affirmative Action", *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y*, vol. 11, 1997, pp. 79-87.

⁷⁸⁵ Amuchategui González, Jesús, "Solidaridad y derechos de las minorías", *cit.*, p. 152. La concepción de igualdad como un mandato de justicia social es contraria al "mito" de la imparcialidad del Estado. Según estas ideas, el bienestar de la comunidad debe ser preferido sobre las preferencias individuales. Closius, Phillip J., "Social Justice and the Myth of fairness: A Communal Defence of Affirmative Action", *Nebraska Law Review*, vol. 74, 1995, p. 575.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 153. Para Javier de Lucas, el Estado social sería la institucionalización de la solidaridad. El Estado tendría la obligación de luchar contra "la marginación" de ciertos sectores sociales. Lucas, Javier de, "la polémica sobre los derechos de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 1994, p. 26.

12. *El principio de igualdad como prohibición de la subordinación social*

Con el ensayo *Groups and Equal Protection Clause*, Owen Fiss elabora la teoría de la antisubordinación (*group disadvantaging principle*).⁷⁸⁷ Owen Fiss se inspira en las ideas de aquellos que redactaron la enmienda XIV. Ellos tenían en mente prohibir la “legislación clasista”, así como las prácticas que reducen a ciertos grupos desfavorecidos a una posición inferior.⁷⁸⁸ Recordemos las palabras de senador Summer antes de que la enmienda fuera aprobada: la propuesta de la enmienda XIV aboliría “la oligarquía, la aristocracia, las castas y el monopolio de privilegios y poderes especiales”.⁷⁸⁹

Owen Fiss retoma la idea del feminismo moderno, donde el eje de la igualdad ya no es la no discriminación, sino la no subordinación. Los feministas modernos, señala el propio Owen Fiss, están preocupados principalmente por las jerarquías, antes que por la discriminación, y entienden la igualdad desde el principio de antisubordinación: “un principio que condena aquellas prácticas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición de subordinación para ciertos grupos desa-

⁷⁸⁷ Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, p. 107-177. Existe una versión traducida al castellano de la segunda parte de este trabajo, a partir del apartado IV. Las citas de los apartados I, II y III las tomamos de la versión inglesa: Fiss, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, *cit.* Desde sus primeros ensayos Owen Fiss se ha preocupado por la situación desfavorecida de ciertos grupos minoritarios. Véase, por ejemplo, Fiss, Owen M., “Racial Imbalance in the Public Schools: the Constitutional Concepts”, *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965, pp. 564-617; este autor ha sostenido su teoría de la igualdad como no estratificación en “Racial Discrimination”, *Encyclopaedia of the American Constitution*. Leonard Levy, 1986, p. 1500; *id.*, “Affirmative Action as a Strategy of Justice”, *Philosophy & Public Policy*, vol. 17, 1997, pp. 37 y 38; *id.*, *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, traducción de Raúl M. Mejía y Verónica Lifrieri, Madrid, Miño y Dávila, 2002; *id.*, “¿Qué es el feminismo?”, *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 319-335. Estos ensayos, como muchos otros de la autoría del Owen Fiss, pueden consultarse e formato pdf en línea: <http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/omf2/pub.htm>, se accedió a la página el 3 de noviembre de 2005. Sobre las ideas de Owen Fiss puede verse Burt, Robert A., “The Truth about Fiss Owen”, *University of Miami Law Review*, 58, 2003-2004, pp. 83-96.

⁷⁸⁸ Cong. Globe, 39th. Cong., 1st Sess. 674 (1866).

⁷⁸⁹ Citado por Balkin, Jack M. y Siegel Reva, B., “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”, *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003-2004, p. 10, nota 5.

ventajados”.⁷⁹⁰ La discriminación sigue siendo condenada; sin embargo, ahora se vincula su prohibición con los efectos de subordinación.

Owen Fiss comienza su ensayo *Groups and Equal Protection Clause* señalando lo flexible que puede ser la interpretación de la cláusula de igual protección de la enmienda XIV. Según él, la interpretación del principio de igualdad como principio antidiscriminatorio sólo es una parte de la concepción de la igualdad; una parte individualista y confinada al análisis de la racionalidad.⁷⁹¹ El principio antidiscriminatorio está construido en tres pasos: el primero de ellos se reduce a la idea de igualdad de trato: cosas similares deben ser tratadas de forma similar; el segundo paso consiste en tomar en cuenta las diferencias: no todas las discriminaciones deben estar prohibidas. El principio contenido en la cláusula de igualdad debe ser interpretado como una proscripción de las discriminaciones arbitrarias.⁷⁹² El tercer paso consiste en establecer la racionalidad; para ello debe: *a)* identificar el criterio sobre el que está basada la discriminación, y *b)* la discriminación será arbitraria si el criterio sobre el que está basada no tiene relación con un propósito del Estado.⁷⁹³

La cláusula de igualdad ha sido interpretada como una prohibición de la discriminación. La doctrina del escrutinio estricto es precisamente la aplicación del principio de no discriminación, pues de esta forma se determina qué criterios son “sospechosos” y qué derechos son “fundamentales”.⁷⁹⁴ Owen Fiss establece cinco razones por las cuales parece tan atractivo interpretar la cláusula de igualdad como prohibición de la discriminación: 1) el principio antidiscriminatorio está ligado a la concepción de la igualdad dominante en el proceso judicial. Cuando se reflexiona desde este punto de vista sobre el significado de la igualdad se llega a la conclusión de que un principio que prohíbe tomar en cuenta ciertas características irrelevantes, como la raza o el género, es justo. 2) El princi-

⁷⁹⁰ Fiss, Owen M., “¿Qué es el feminismo?”, *cit.*, p. 323.

⁷⁹¹ Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, p. 86. Rosenfeld también está de acuerdo en considerar que el principio antidiscriminatorio es un principio individualista. Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Londres, Yale University Press, 1991, p. 144.

⁷⁹² Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, p. 86.

⁷⁹³ “(a) the identity of the discrimination is determined by the criterion upon which it is based, and (b) the discrimination is arbitrary if the criterion upon which it is based is unrelated to the state purpose”. Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, p. 86.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 91.

pio antidiscriminatorio se presenta como una garantía de reglas neutrales; parece responder a la aspiración de justicia mecánica. 3) El principio antidiscriminatorio parece estar acorde con otro ideal del derecho, la objetividad. Las reglas jurídicas deben contar con las siguientes características: a) ser expuestas con un grado de certeza, b) no deben depender de indagaciones fácticas o de pronunciamientos judiciales, y c) no deben estar sujetas a cambios repentinos.⁷⁹⁵ 4) La interpretación antidiscriminatoria apela al individualismo. No reconoce protección de grupos sociales. 5) Bajo el principio anticlasificador se universaliza el derecho a la igualdad. La propia doctrina de la clasificación sospechosa está construida bajo esa premisa.

Después de señalar los atractivos del principio antidiscriminatorio, Owen Fiss establece el que parece ser el déficit más importante de aquel principio. Nos referimos a que no todos los actos objetables del Estado son discriminatorios. Esto se podría explicar con los argumentos feministas respecto al mérito: por lo general, los sistemas meritocráticos de selección en el empleo están vinculados con el desempeño laboral, y no se vinculan con una intención de discriminar o de perpetuar la discriminación, por lo que bajo el principio antidiscriminatorio no encontramos argumentos válidos para contradecirlos. Sin embargo, los feministas demandan que dichos criterios meritocráticos sean modificados y que la preferencia entre competidores por un puesto de trabajo sea otorgada a las mujeres como forma de incrementar su participación en el campo laboral.⁷⁹⁶

Esto se explica porque el principio que prohíbe la discriminación se concentra en la equidad con la cual son tratados los individuos: cualquier hombre que sea rechazado como resultado de un proceso de selección que favorece a las mujeres sobre la base de su género puede reclamar haber sido tratado injustamente.⁷⁹⁷

Otro problema del principio antidiscriminatorio se refiere a lo que Owen Fiss llama “problemas de los criterios aparentemente inocentes” (*problem of facially innocent criteria*). En ocasiones la conducta del Estado puede

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁷⁹⁶ Cfr. Fiss, Owen M., “¿Qué es el feminismo?”, *cit.*, pp. 324-325; *ibidem*, p. 114.

⁷⁹⁷ Los feministas alegan que la estructura social ordena a las personas y a los grupos en un sistema de adscripción. Estas estructuras jerarquizadas impiden la realización individual. *Ibidem*, p. 328.

ser discriminatoria, y, sin embargo, no usar ninguno de los criterios sospechosos. Esto es así porque los criterios tales como fueron diseñados por Tussman y TenBroek y por la Corte Suprema en la década de los cuarenta y cincuenta son finitos: género, raza, nacionalidad, religión. ¿Esto quiere decir que todas las demás clasificaciones son válidas?

La interpretación de la cláusula de igualdad, como hemos tenido ocasión de señalar, fue creada con la finalidad de proteger a la raza negra de las tropelías cometidas por la mayoría blanca. Aunque Owen Fiss reconoce que la cláusula fue redactada en términos generales, establece que la propia Corte ha reconocido que la Constitución brinda una protección más intensa a los miembros de raza negra.⁷⁹⁸ Otra premisa de Owen Fiss es la existencia de grupos claramente definidos en la sociedad norteamericana. Uno de ellos es, por supuesto, la minoría negra. Para Owen Fiss, un grupo social desaventajado contaría con la característica de formar una entidad distinta a la de sus miembros; otra característica especial sería su condición de interdependencia: "...la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican —explican quienes son— refiriéndose a su condición de miembros del grupo".⁷⁹⁹

El grupo social de los negros norteamericanos cuenta con otras dos características fundamentales: se encuentran en una posición socioeconómica muy mala;⁸⁰⁰ además, han ocupado dicha posición durante siglos. Owen Fiss, como Dworkin, se da cuenta del error que se cometería al usar una teoría de compensación para tratar de remediar la situación actual de la minoría negra: "De todos modos, la estrategia redistributiva no

⁷⁹⁸ Hemos tenido ocasión de señalar lo polémico que resulta este punto. Para algunos autores, al estar redactada en términos generales, la cláusula debe ser interpretada como una protección igual para todos.

⁷⁹⁹ Fiss, Owen M., "Grupos y la cláusula de igual protección", *cit.*, p. 138. Véase también Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, *cit.*, pp. 77-85.

⁸⁰⁰ Más adelante agrega que no es sólo la situación socioeconómica lo que explica el "peculiar lugar que le corresponde dentro de una teoría sobre la igual protección". El poder de estos grupos ha sido restringido a través de la privación de sus derechos políticos. Una de las razones de su debilidad es su inferioridad numérica; son además una minoría "discret and insulate", pues están sujetos a los prejuicios de los demás; es decir, son sujetos de miedo y odio, lo cual provoca que les resulte difícil formar coaliciones y alianzas con otros grupos (como los blancos pobres), y contribuye a que los demás les inflijan daños o los utilicen como cabezas de turco o *space goats*. Los blancos normalmente dominan las instituciones; el Congreso, la Presidencia. Fiss, Owen M., "Grupos y la cláusula de igual protección", *cit.*, p. 140.

necesita mirar exclusivamente hacia el pasado (aunque la discriminación del pasado explicaría en parte la identidad o el estatus de los afroamericanos en tanto grupo)".⁸⁰¹

Una vez que se identifican los problemas de los grupos minoritarios nos debemos preguntar cómo y para qué resolverlos. Owen Fiss establece tres razones: 1) preservar la paz social, 2) mantener la comunidad como una comunidad, esto es, como un todo cohesionado, y 3) permitir el más pleno desarrollo, individuos que, de lo contrario, podrían ver su estatus inferior como un techo a sus aspiraciones y logros.⁸⁰²

El ensayo *Grupos y la cláusula de igual protección* tiene como tesis principal la protección de las minorías. El Poder Judicial forma parte importante en la tarea de rectificación de las normas, rectificación que no se vincula a una clasificación legal, sino al resultado que la ley pueda tener: "dañar a los afroamericanos".

La debilidad política propia de la minoría negra es otra de las características que hay que tomar en cuenta para elaborar una teoría sobre la cláusula de igual protección. El Poder Judicial debe examinar cuáles son los fines que se buscan conseguir en las normas, pues es probable que los intereses de aquellos grupos no hayan sido tomados en cuenta.⁸⁰³ De ahí que un proceso político justo sería aquel en el cual las minorías estén mejor representadas.⁸⁰⁴ Esta es la misma conclusión a la que llega Ely; sobre esta idea versa toda su teoría constitucional y que ya tuvimos ocasión de analizar en el primer capítulo. Sin embargo, a diferencia de Ely, Owen Fiss sí cree en la existencia de derechos sustantivos en la Constitución: lo que prohíbe la Constitución son las normas que agravan o perpetúan la situación de subordinación de un grupo desaventajado: "La acción estatal discriminatoria sería aquella conducta estatal que empeora el estatus de un grupo especialmente desaventajado".⁸⁰⁵

Sería la intención de la norma y no sólo la mención de la raza en las clasificaciones lo prohibido por la Constitución. Sobre esa premisa orbita

⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 140.

⁸⁰² Aunque las tres razones son perfectamente válidas, la primera de ellas es utilitaria, y estaría dirigida a convencer a la clase dominante en una sociedad determinada.

⁸⁰³ Fiss, Owen M., "Grupos y la cláusula de igual protección", *cit.*, p. 143. Ésta es la misma conclusión a la que llega Ely, para quien la presunción de constitucionalidad no se puede dar cuando las minorías afectadas no han gozado de una representación eficiente. Ya tuvimos ocasión de analizar lo anterior en el capítulo segundo.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 143.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 146.

toda la teoría de Owen Fiss sobre la igualdad. La construcción de las anteriores premisas lleva a Owen Fiss a defender las *affirmative actions*, pues estarían justificadas como mecanismos que permiten a las personas negras acceder a posiciones de poder, prestigio e influencia que de otro modo no obtendrían.

Una de las aportaciones teóricas de más valía hechas por Owen Fiss fue señalar que el principio antidiscriminatorio es insuficiente, pues con frecuencia políticas aparentemente neutrales tienen consecuencias adversas para las minorías. Un ejemplo de lo anterior serían

...las políticas estatales que ponen en práctica convenios racialmente restrictivos, o la clausura de piscinas públicas y de otras ofertas públicas, con el objeto de evitar la integración racial, y el rechazo de los proyectos de vivienda pública con el objeto de limitar el número de afroamericanos pobres en la comunidad.⁸⁰⁶

Este tipo de actos no serían prohibidos por la cláusula de igual protección según el principio antidiscriminatorio.

Como corolario de lo anterior, Owen Fiss establece que los tribunales deberían aplicar un escrutinio de mera racionalidad a la hora de estudiar las clasificaciones legislativas. El profesor de Yale considera que la situación en la que se encuentran las minorías justifica la implementación de medidas redistributivas.⁸⁰⁷ Uno de los argumentos más frecuentes en la defensa de las *affirmative actions* se basa en la idea de que el beneficio personal a los miembros de una minoría en particular repercutirá en el resto del grupo. Esa idea la comparte Owen Fiss, quien considera que si algunos miembros del grupo obtienen prestigio, poder e influencia que, de otro modo, posiblemente no hubieran obtenido, el estatus general del grupo se mejora.⁸⁰⁸

Esta lógica recuerda los principios de justicia enunciados por John Rawls. Para el que fuera profesor de Harvard, dos son los principios básicos de justicia en los que una sociedad hipotética se pondría de acuerdo en una posición original:

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 147. Una preocupación constante de Owen Fiss ha sido precisamente la segregación racial en la vivienda. Owen propone una gran cruzada en contra de los *ghetos* negros de las ciudades estadounidenses: Fiss, Owen M., *A Way Out/America's Ghettos and the Legacy of Racism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2003.

⁸⁰⁷ Fiss, Owen M., "Grupos y la cláusula de igual protección", *cit.*, p. 151.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 152.

Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.⁸⁰⁹

A diferencia de una visión utilitaria como la de la diversidad, la idea de la prohibición de la subordinación tendría como objetivo principal eliminar la profunda brecha que divide las razas en los Estados Unidos: “un bien tanto para los miembros individuales como para el grupo de los afroamericanos en su conjunto”.⁸¹⁰ No obstante, esto no contradice otros objetivos; el propio argumento de la diversidad racial sigue siendo legítimo, aunque parece tener menos fuerza moral que aquel que busca terminar con la penosa situación en la que se encuentran ciertos grupos sociales.⁸¹¹

Owen Fiss propone reemplazar la interpretación de la decimocuarta enmienda, pues considera que ha sido deducida a partir de una teoría individualista, que no puede proveer de un estándar para determinar la legitimidad de los propósitos estatales. Su propuesta alternativa de interpretación se basa en lo que llama “principio de grupos marginados” o *group-disadvantaging principle*: si los procesos políticos crean injusticias éstas deben ser remediadas judicialmente; propone un activismo judicial

⁸⁰⁹ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., pp. 67-72. Sobre los principios de Rawls véase Nagel, Thomas, “Rawls y el liberalismo”, *Estudios Públicos*, núm. 97, pp. 219-243. Existe una versión electrónica. En línea: www.cepchile.cl/dms/archivo_3475_1731/r97_nagel_rawls.pdf, se accedió a la página el 30 de octubre de 2005. Gargarella, Roberto, “¿Pueden justificarse desigualdades en nombre de la justicia?”, *Claves de la Razón Práctica*, 97, noviembre de 1999, pp. 68-70.

⁸¹⁰ Fiss, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, cit., p. 149.

⁸¹¹ En realidad, la diversidad puede ser considerada como un argumento que esconde el objetivo real de todos los que creen en las *affirmative action*: justicia social e igualdad sustancial: “Seamos sinceros: muchos que defienden la discriminación positiva en virtud de la «diversidad» están en realidad motivados por una preocupación de más peso. No les mueve tanto un compromiso con lo que es, después de todo, solo una probabilidad, una hipótesis pedagógica. Más bien, les mueve un compromiso con la justicia social. Ellos defenderían la discriminación positiva aunque la sociología demostrara de forma incontrovertible que la diversidad (o su ausencia) no tiene repercusiones (o incluso un efecto negativo) en el ambiente de estudios”. Kennedy, Randall, “Affirmative Reaction, the American Prospect”. Citado por Fitzpatrick, Brian, “Diversity: The Truth Behind the Michigan Cases”, *The Federalist Society for Law and Public Policy Studies*, p. 8. En línea: www.fed-soc.org/Publications/White%20Papers/diversity.pdf, se accedió a la página el 3 de noviembre de 2005. La traducción es nuestra.

que estaría fundamentado en la enmienda XIV, que, desde su punto de vista, protege a los grupos discriminados. Esto provee de un estándar para evaluar su legitimidad o permisividad.⁸¹²

El Estado estará en la obligación de remediar la situación de aquellos grupos como un “instrumento redistributivo”. Así, la inactividad del Estado en la protección de los derechos de las minorías debería ser considerada como una acción contraria a la cláusula de igual protección de las leyes.⁸¹³

El principio antidiscriminatorio, como consecuencia de su carácter individualista, “tiende a sugerir la prohibición de medidas tales como el tratamiento preferencial; el principio de apoyo a los grupos desaventajados, en cambio, tiende a considerar las medidas de este tipo como permisibles”.⁸¹⁴ Una coincidencia entre la teoría de Owen Fiss y la de Dworkin o de Ely es el rechazo a las referencias a la moralidad popular: “La referencia a la moralidad popular prevaleciente resulta particularmente inapropiada... Todas las restricciones constitucionales han de ser contramayoritarias” sobre todo aquella restricción dirigida a proteger a las minorías raciales.⁸¹⁵

Después de la publicación de *Groups and Equal Protection Clause*, autores como Catherine MacKinnon, Charles Lawrence, Derrick Bell, Lawrence Tribe o Kenneth Karst han desarrollado la idea inicial de Owen Fiss.⁸¹⁶ Mark Tushnet señala que las ideas de Owen Fiss han sido rechazadas por la Corte. Para el autor, esto se debe a que la idea de un

⁸¹² El uso de las *affirmative actions* son precisamente casos de activismo judicial, ya que los jueces deciden imponer medidas remedio ante situaciones de discriminación racial. Maltz, Earl M., “The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue”, *cit.*, p. 381. En el capítulo cuarto estudiaremos esto a fondo.

⁸¹³ Fiss, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, *cit.*, p. 157. Una opinión contraria a la del profesor Fiss puede encontrarse en Gargarella, Roberto, “Groups Rights, Judicial Review, and personal motives”, *Legal Scholarship, The Originalism and Fate of Antisubordination Theory*, 2002, artículo 3, www.bepress.com/ils/iss2/art.3.

⁸¹⁴ Fiss, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, *cit.*, p. 160.

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 162.

⁸¹⁶ MacKinnon, Catherine, *Sexual harassment of working women*, 117, Yale University Press, 1979; *id.*, *Feminis Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1988, pp. 32-45; Lawrence, Charles III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning wit Unconscious Racism”, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, pp. 317-319; Tribe, H. Laurence, *American Constitutional Law*, *cit.*; Bell, Derrick A., *And We are not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, Nueva York, Basic Books, 1987; Karst, Kenneth, *Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1989. Al principio se le ha llamado también principio de ciudadanía, principio de antisubyugación, antisometimiento o principio anticastas.

análisis de la cláusula de igualdad orientado a los grupos está relacionada con la idea de derechos sociales; derechos que no han sido reconocidos por la Corte como derechos fundamentales.⁸¹⁷

Sin embargo, recordemos que la Corte de Warren se enfrenta a una cuestión fundamental en *Brown*: o conservaba los principios “neutrales” respetando así el principio anticlasificadorio, atándose las manos para usar clasificaciones raciales, o comienza a desegregar usando clasificaciones raciales éticamente permisibles. Recordemos que para desegregar había que hacer mención de la raza en las clasificaciones legales o en las sentencias de los tribunales. Esta última fue la opción tomada por la Corte Suprema.

El lenguaje de la sentencia *Brown* condena las prácticas legales que clasificaban con base en la raza; sin embargo, lo novedoso en *Brown* es el rechazo a la subordinación de la raza negra:

La segregación en las escuelas públicas entre niños blancos y niños de color tiene un efecto perjudicial en estos últimos. El impacto es mayor cuando ésta es sancionada por la ley. La política de separación de razas es usualmente interpretada como indicativo o una sugerencia de inferioridad de la comunidad negra. El sentimiento de inferioridad afecta la motivación de los niños para aprender. La segregación, sancionada por el derecho, además, tiende a [retardar] el desarrollo mental y en la educación del niño negro, así como privarlo de los beneficios que recibiría en un sistema escolar racialmente integrado.⁸¹⁸

La sentencia *Living* es otro buen ejemplo del uso del principio anticlasificadorio interpretado como pernicioso cuando tiene el efecto de subordinar a un grupo respecto a otro: “el hecho de que el Estado de Virginia prohíba sólo los matrimonios interraciales donde esté involucrada una persona blanca es una prueba que demuestra que estas clasificaciones raciales son una medida diseñada para mantener la supremacía blanca”.⁸¹⁹ Esa intención y el efecto de subordinación de una raza con respecto de otra son lo proscrito por la Constitución y no sólo el uso de la raza.⁸²⁰

⁸¹⁷ Sobre esto véase Tushnet, Mark, “The Return of the Repressed: Groups, Social Welfare Rights, and the Equal Protection Clause”, *Legal Scholarship. The Originalism and Fate of Antisubordination Theory*, 2002, artículo 7, <http://www.bepress.com/ils/iss2/art7/>.

⁸¹⁸ 347 U. S. 347-348 (1954).

⁸¹⁹ *Living vs. Virginia*, 388 U.S. 1.(1967).

⁸²⁰ Para Richard Delgado esa es la verdadera interpretación de la sentencia *Brown* y de las posteriores: “...the Supreme Court has used the fourteenth amendment to eliminate many remaining vestiges of state-imposed social inequality. A theme running through

En España, Ferreres Comella parece defender una idea de la igualdad como no subordinación cuando explica la razón por la cual las normas que prohíben los matrimonios interraciales son contrarias al principio de igualdad aunque éstas no distinguen entre razas: todas las personas, sin distinción, se encuentran bajo la prohibición de casarse con una persona distinta, pero contienen un impacto desigual, “pues refuerzan la situación de subordinación social de una raza respecto de otras que históricamente han mantenido una posición de dominio”.⁸²¹

Podríamos considerar que el más alto tribunal norteamericano tendría que decidir entre la anticlassificación o la antisubordinación. Para Jack Balkin y Reva Siegel, la interpretación de los dos principios ha cambiado a través del tiempo como respuesta a las disputas o luchas sociales.⁸²² Para ellos, el principio de antisubordinación ha jugado un papel clave en la formación del significado actual del principio anticlassificador.⁸²³

Los autores parten de tres premisas: 1) el principio anticlassificador no puede ser aplicado sin una variedad de decisiones accesorias para darle un efecto práctico al principio; 2) el sistema legal norteamericano provoca que algunas de las decisiones sean inconsistentes; 3) la inconsistencia en las reglas de decisión usadas para implementar el principio antidiscriminatorio permite que el principio sea utilizado de forma que se satisfagan objetivos sociales no siempre ligados a principios de justicia, y, a veces, modificar el criterio en respuesta a las protestas sociales desacreditando una práctica que inflige un daño al estatus. Cuando los planes de *affirmative action* emplean la raza se activa el escrutinio estricto.⁸²⁴

post-Brown cases is that denial of social rights leads to unacceptable stigmatization and, ultimately, a caste system”. Delgado, Richard, “Inequality «From the top»: Applying An Ancient Prohibition to an Emerging Problem of Distributive Justice”, *UCLA Law Review*, vol. 32, 1984-1985, p. 120.

⁸²¹ Aunque Ferreres reconoce que es precisamente la prohibición de la subordinación lo que en este caso concreto provoca su inconstitucionalidad, en realidad el resto de su propuesta está más acorde con el principio antidiscriminatorio; para él, el estudio del impacto real se justifica por la necesidad de tener en cuenta desigualdades de hecho en las que se encuentran determinados grupos: “como consecuencia de las prácticas discriminatorias de las que de manera sistemática fueron víctimas en el pasado”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional...*, cit., p. 255.

⁸²² Balkin, Jack M. y Siegel Reva, B., “Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”, cit., pp. 9 y 10. Lo mismo señala en Siegel, Reva B., “Discrimination in the Eyes of the Law: How «Color Blindness» Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, *California Law Review*, vol. 88, 2000, pp. 77-118.

⁸²³ *Ibidem*, p. 13.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 16.

La opinión del autor es parecida a la que sostenemos en este trabajo. Lo importante de las normas que usan clasificaciones raciales no es en sí la clasificación. La clasificación racial puede no existir y aún así la norma perjudica a la minoría. El ejemplo clásico es la *grandfather clause* (cláusula del abuelo). En varios estados de la Unión Americana se implementó este tipo de cláusulas, que, de forma típica, disponían que sólo podrían votar, sin someterse a pruebas de alfabetización, todos los descendientes directos de las personas que hubieran votado el 1o. de enero de 1866 o antes, con lo cual a casi todas las personas negras se les obligaba a someterse a un examen de alfabetización, del cual era difícil que salieran airosos.

La cláusula del abuelo no fue invalidada por la Corte Suprema hasta la sentencia *Baker vs. Carr*,⁸²⁵ cuando se consideró inconstitucional este tipo de medidas. Esta cláusula no es técnicamente una categoría racial: era posible que personas negras tuvieran un ancestro libre antes de la reconstrucción que tuviera derecho al voto. Sin embargo, esta norma ha sido considerada una clasificación racial porque se presume la intención y los efectos de privar a los negros de su derecho al voto.⁸²⁶

En las páginas siguientes nos proponemos demostrar el error intrínseco de considerar que el uso de clasificaciones raciales es presumiblemente inconstitucional. Propondremos una nueva forma de juzgar los planes que contengan alguna *affirmative action*. La propuesta se basa en presunciones que tomen en cuenta la intención de los creadores de dicho plan, así como sus previsibles consecuencias fácticas.

Si aquellos encargados de diseñar los planes de discriminación positiva pertenecen a la mayoría blanca sería fácil suponer que su prioridad no será infligir un daño a los miembros de su grupo. Si el plan es diseñado por un cuerpo legislativo, siguiendo el principio de deferencia al legislador, debería considerarse que es legítimo y, por tanto, presumiblemente constitucional; sin embargo, la realidad es muy distinta a los dogmas constitucionales, “el pueblo” no está siempre debidamente representado: la mayoría de las naciones son multiculturales, y no siempre los grupos que las componen están debidamente representados en los cuerpos legislativos: el pueblo no es un cuerpo homogéneo al que sólo bastara consultar para resolver los asuntos nacionales.⁸²⁷

⁸²⁵ 369 U. S. 186 (1915).

⁸²⁶ Balkin, Jack M. y Siegel Reva, B., “Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”, *cit.*, p. 20.

⁸²⁷ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, *cit.*, p. 104.

Si los derechos de las minorías parecen lesionarse podríamos presumir que existe un problema de representación: si la voz de la minoría se hubiera dejado escuchar debidamente, si la influencia de aquellos en el poder hubiera sido suficiente no se hubieran visto lesionados sus derechos.⁸²⁸ Éstas son las premisas sobre las que pretendemos proponer una técnica de presunciones que permita juzgar los planes de *affirmative actions*.

La forma de abordar nuestro tema será analizando las sentencias que ha conocido la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre planes que contienen una *affirmative actions*. Aunque cada uno de ellos obedece a situaciones fácticas concretas, la mayoría de dichos asuntos contienen la misma problemática de justicia: ¿es válido que miembros de grupos minoritarios tengan algún tipo de preferencias sobre la distribución de bienes escasos?, ¿es legítimo que como consecuencia de dicha preferencia personas pertenecientes al grupo mayoritario se vean privadas de los bienes a distribuir?

13. *La futilidad inherente en la búsqueda de la intención legislativa*

Cuando una clasificación normativa es acusada de inconstitucionalidad, la defensa que se haga de ella deberá intentar probar que dicha clasificación es racional. No obstante, en ocasiones los argumentos usados a favor de la norma son distintos a la intención real. Por eso, el juez puede intentar conocer la verdadera intención del legislador. Ely es consciente de lo complicado que puede ser conocer la intención o motivación real del legislador: “una demostración tan evidente de motivación resulta ser imposible”.⁸²⁹

Para aclarar lo anterior, debemos señalar que el propósito de la norma no debe confundirse con la intención: la intención se encuentra en la mente del legislador; el propósito es más bien propio de la norma misma. Si por propósito de un estatuto entendemos el propósito real establecido o votado, el propósito sería indistinguible de la intención.⁸³⁰

⁸²⁸ Nos hemos referido a esta doctrina establecida por primera vez en la sentencia *Arolene Products* y desarrollada por Ely en su libro *Democracia y desconfianza*.

⁸²⁹ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*..., cit., p. 178.

⁸³⁰ Radin, Max, “Statutory Interpretation”, cit., pp. 875. El propósito legislativo no es aquello que existe en la mente del legislador, como individuo autónomo o como cuerpo colectivo, existe como concepto objetivo, y se evidencia en el carácter de la norma misma, como un fin perseguido.

En un famoso ensayo escrito hace setenta y seis años, Max Radin, basándose en una serie de premisas, sostuvo la “incoherencia” de toda norma emanada del Legislativo; sus premisas eran: 1) El Legislativo no posee conciencia que pueda formar un propósito: parte de la premisa de que sólo un actor pensante es capaz de formarse un propósito, como la asamblea legislativa, *per se*, no tiene conciencia —*a mind*— seguirá por tanto el propósito sin sentido de la entidad legislativa; 2) un acuerdo compuesto por una pluralidad de personas no puede formar una intención unitaria: habrá tantas intenciones como legisladores particulares, y 3) el propósito de una norma particular puede ser identificado, con frecuencia, en diferentes niveles de generalidad.⁸³¹ Radín pone el siguiente ejemplo: si una norma establece la obligación de los propietarios de automóviles de someter a una inspección anual a sus vehículos, la norma estará dirigida a: a) tener un sistema de inspección de emisiones contaminantes, b) reducir los contaminantes de los autos, c) mejorar la calidad del aire, d) preservar el medio ambiente, e) proteger la salud pública y F) promover el bienestar general. Los propósitos irían de lo particular a lo general; pero el bienestar general es algo tan abstracto que acabaría confrontándose con intereses diversos.⁸³² En cambio, un propósito más particular podría considerarse *underinclusive*: la preocupación por la salud pública es legítima; pero ¿por qué no se propone terminar con otros problemas de salud pública, como el tabaquismo?, y 4) La norma tiene con frecuencia más de un propósito.

En la práctica, sin embargo, la distinción teórica entre propósitos objetivos del legislador actuando en colectivo y motivos subjetivos e individuales no es tomada en cuenta. Las motivaciones o propósitos ilegítimos pueden acarrear la declaración de inconstitucionalidad.⁸³³

En ocasiones se ha considerado que los motivos del legislador pueden ser tomados en cuenta para declarar la constitucionalidad. Ése fue el caso de *Gomillion vs. Lightfoot*.⁸³⁴ Los antecedentes de este asunto se remon-

⁸³¹ Radin, Max, “Statutory interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 43, 1929-1930, p. 870; Farrell, Rober C., “Legislative Purpose and the Equal Protection Rationality Review”, *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992, pp. 9-20.

⁸³² Sobre este punto en particular Ely, John Hart, “Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 79, 1969-1970, p. 1248; Rodríguez Puerto, Manuel José, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *cit.*, p. 9.

⁸³³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, *cit.*, p. 172.

⁸³⁴ 364 U. S. 339, 347 (1960).

tan a 1957, año en el que el Congreso de Alabama trazó las líneas fronterizas de la ciudad de Tuskegee para modificar su forma cuadrada y transformarla en una extraña figura de veintiocho lados y, al hacerlo, excluyó a casi todos los cuatrocientos votantes negros que previamente eran residentes de la ciudad. La Corte declaró nula la norma afirmando que “actos ordinariamente legales pueden convertirse en ilegales cuando se ejecutan para lograr un fin ilegal”.

En otra ocasión la intención no fue tomada en cuenta. Es el caso de la sentencia *United States vs. O'Brien*,⁸³⁵ sentencia que tuvo su origen en los actos de O'Brien, un joven que quemó, en compañía de otros tres compañeros, su certificado de registro militar en plenas protestas pacifistas contra la guerra de Vietnam. O'Brien fue procesado por un delito contenido en una ley federal. Para la defensa de O'Brien la ley suponía violaciones a la libertad de expresión: “la norma no contenía ningún propósito legislativo legítimo”. La intención real de la norma, como es fácil suponer, era disuadir a los pacifistas de protestas de esta índole. La Corte estudió la constitucionalidad de la ley, considerando que los *motives* del legislador no son enjuiciables, declarando que dicha norma era constitucional.

Además, la sentencia señala que el precedente en *Gomillion* “no significaba la tesis de que el motivo legislativo sea una base apropiada para declarar una ley inconstitucional, sino que el efecto inevitable de una ley a primera vista puede hacerlo inconstitucional”. La Corte consideró, parece que con razón, que inquirir en los motivos o propósitos del Congreso es una cuestión peligrosa.⁸³⁶

En la década de los setenta encontramos otra resolución sobre los *motives*. El gobierno de la ciudad de Jackson, Mississippi, cerró la piscina pública con el claro propósito de no tener que desegregarla, no obstante, el ayuntamiento aducía razones de tipo económico. La Corte conoce del asunto en *Palmer v. Thompson*⁸³⁷ señalando:

...es en extremo difícil para una corte determinar la motivación, o el conjunto de motivaciones diferentes, que se encuentran en la base de una acción legislativa... Es difícil o imposible para cualquier corte determinar la

⁸³⁵ 391 U. S. 367 (1968).

⁸³⁶ 366 U. S. 420 (1961).

⁸³⁷ *Palmer vs. Thompson*, 43 U. S. 217 (1971). Citado por Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 170.

motivación “única” o “determinante” que anima las opciones de un grupo de legisladores. Más aún, hay un elemento de futilidad en el intento judicial de invalidar una ley debido a los malos motivos de sus proponentes. Si se anula la ley por esas razones, más bien que por su contenido o efecto a primera vista, presumiblemente será válida en cuanto la legislatura o la corporación gobernante la aprueben de nuevo por razones diferentes.⁸³⁸

Es verdad, en ocasiones es difícil inferir de los hechos que el legislador estuvo motivado en propósitos ilegítimos, ilegales o inconstitucionales: establecer la relación motivos-legislación con certeza parece imposible; sin embargo, en ocasiones “una motivación inconstitucional, incluso de parte de la legislatura, puede inferirse con confianza”, en otros casos la “intuición nos dice que involucran una acción inconstitucional que no puede racionalizarse con base en nada excepto una teoría de la motivación”.⁸³⁹

Ely pone un ejemplo esclarecedor: la sentencia *Epperson vs. Arkansas*.⁸⁴⁰ En ésta la Corte invalidó una ley que prohibía la enseñanza en las escuelas públicas de Arkansas de la teoría de la evolución de Darwin. La Corte tuvo claro que la norma había sido promulgada para promover las creencias fundamentalistas cristianas. Podríamos pensar que la libertad para establecer un modelo de enseñanza es racional; sin embargo, la libertad de expresión es más importante; el gobierno no estableció razones constitucionalmente pertinentes, aunque la defensa del gobierno sostuvo que el temario debía cerrarse en alguna parte.

La intención del legislador puede ser determinante para conocer si una norma es constitucional o no, aunque es muy poco frecuente que el juez pueda conocer esa intención. De nuevo Ely, a través del análisis de un caso, nos esclarece lo anterior. Nos referimos a la sentencia *Grosjean vs. American, Press Company*,⁸⁴¹ donde la Corte Suprema de Louisiana declaró inconstitucional que se cobrara el 2% de los recibos anticipados de todas las publicaciones periódicas cuyo tiraje excediera de los 20,000 ejemplares por semana (existían trece en estas circunstancias de un total de ciento sesenta y tres en el estado). La Corte, aunque recuerda que his-

⁸³⁸ *Palmer vs. Thompson*, 43 U. S. 217, 224-225 (1971). Para la Corte no se puede anular la disposición únicamente sobre la base de una motivación ilícita por parte del legislador. Cometarios en español sobre esta sentencia: Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 212 nota 107.

⁸³⁹ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 171.

⁸⁴⁰ 393 U. S. 97, 109 (1968).

⁸⁴¹ 297 U. S. 233 (1936).

tóricamente los impuestos aplicados a la prensa han sido considerados sospechosos, no fundamenta el fallo en esto: la Corte no estaba dispuesta a eliminar los impuestos de las publicaciones periódicas (no es irracional gravar únicamente a grandes empresas). La tesis del juez Warren se basó en la consideración de los motivos del legislador: “El impuesto es malo porque a la luz de su historia y del contexto presente se ve como un recurso deliberado y calculado, a guisa de impuesto, para limitar la circulación de la información a la que tiene derecho el público en virtud de las garantías constitucionales”.⁸⁴²

La confianza con la que llegó la Corte para resolver en contra de la ley vino dada por una prueba documental, una circular firmada por el senador Long y el gobernador Alen, y distribuida a los legisladores en el momento en que la norma estaba en discusión: “El sistema es que estos grandes diarios de Lousiana mienten cada vez que ganan un dólar. Este impuesto debería llamarse impuesto a la mentira, dos centavos por mentira”. En definitiva, lo que motiva a un legislador a promover una ley, o a quien esté facultado, no es lo mismo que lleva a sus colegas a aprobarlo.⁸⁴³

Como señalamos en el capítulo segundo, las clasificaciones raciales son estudiadas bajo sospecha de inconstitucionalidad por el juez: el que defienda dicha clasificación deberá demostrar que se ajusta al propósito invocado más estrechamente que cualquier clasificación alternativa. Asimismo, debe argumentar que el propósito de la norma es un objetivo primordial o *compelling*. No obstante, los propósitos considerados como primordiales por la Corte Suprema son sumamente restringidos, y como consecuencia de ello la mayoría de las clasificaciones raciales son consideradas inconstitucionales.

Debemos reparar en el hecho de que la mayoría de las normas tendrán como consecuencia el beneficio de algunas personas y el perjuicio para otras: “el Estado deberá proveer principios que expliquen por qué unos pierden y otros ganan, explicar por qué el grupo A debe...”.⁸⁴⁴ De ahí que proponemos que cuando al juez se le presenta un asunto que contenga una *affirmative action* debe estudiar el posible efecto de su implementación y olvidarse de la intención del legislador.

⁸⁴² 297 U. S. 233, 250 (1936).

⁸⁴³ Esto lo establece Ely en término similares: Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., pp. 17 y ss.

⁸⁴⁴ Farrell, Rober C., “Legislative Purpose and the Equal Protection Rationality Review”, cit., p. 44.

Una postura que tomara en cuenta los posibles efectos producidos por la norma nos salvaría de la incertidumbre: el juez, usando criterios que tengan relación con los resultados, podría determinar si unas normas formalmente legales o con clasificaciones que parezcan lógicas son realmente discriminatorias. De esto nos ocupamos en el capítulo siguiente.

III. POR UNA REINTERPRETACIÓN DE LA IGUALDAD POR LOS TRIBUNALES

Después de la sentencia *Brown* quedó claro que el sistema segregacionista era contrario a lo dispuesto en la cláusula de la igualdad, pero ¿cuál es la lectura que se le deba dar a la Constitución después de *Brown*? De la sentencia se pudieron extraer dos conclusiones distintas. La que sostendría que la Constitución prohíbe las clasificaciones raciales.⁸⁴⁵ La otra interpretación, menos simplista, parece ir al fondo del problema al interpretar la cláusula como una prohibición de la dominación de una raza sobre otra, prohíbe la subordinación de la mujer, pros-

⁸⁴⁵ Esta interpretación suele ser más fácil de suponer cuando nos damos cuenta de lo pernicioso de las clasificaciones raciales. Así, Thurgood Marshall en la demanda de *Brown* describe las clasificaciones raciales como “odiosas”. En otro momento agrega: “Classifications and distinctions based on race or color have no moral or legal validity in our society. They are contrary to our Constitution and laws, and (The U. S. Supreme Court) has struck down status, ordinances or official policies seeking to establish such classification”. Las clasificaciones o distinciones basadas en razón de la raza o el color no tienen validez moral o legal en nuestra sociedad. Ellas son contrarias a nuestra Constitución y a las leyes. Asimismo (la Corte Suprema de los Estados Unidos) ha anulado leyes, ordenanzas y políticas gubernamentales que intentaban establecer tales clasificaciones. Siegel, Reva B.: “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 5, 2004, p. 1471. Ésa era la premisa con la que se trabajó en la NAACP, oponiéndose a las clasificaciones y categorías raciales. La Racial Privacy Initiative o RPI usa los mismos argumentos anticlassificatorios en California, y más recientemente la Michigan Civil Rights Initiative. Para los promotores de esta iniciativa de reforma de la Constitución del estado de Michigan, la interpretación de la igualdad no debe dejar lugar a dudas, y proponen la prohibición de la discriminación racial, entendida como prohibición de tratos preferentes: “The State shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting”. Su principal objetivo es terminar con los planes de las universidades que contienen alguna affirmative action. En línea: http://www.adversity.net/michigan/mcric_mainframe.htm. Se accedió a la página el 19 de octubre de 2005.

cribe también la existencia de la marginación de los grupos más vulnerables de la sociedad.⁸⁴⁶

La larga tradición de discriminación racial en los Estados Unidos llevó a la Corte a concluir que por la simple mención de la raza en las clasificaciones legales debía presumirse su inconstitucionalidad.⁸⁴⁷ Así lo entendió la Corte Suprema en los casos posteriores a *Brown*:

En la sentencia *Brown I* no se estaba en la necesidad de confiar en ninguna investigación psicológica o sociológica para anunciar la simple, y a pesar de todo, fundamental verdad de que el gobierno no puede discriminar entre sus ciudadanos usando la raza como rasgo diferenciador... En el corazón de la interpretación de la cláusula de igualdad se encuentra el principio que nos dice que el gobierno debe tratar a los ciudadanos de forma individual, y no como miembros del grupo racial, étnico, o religioso. Es por esta razón que debemos sujetar las clasificaciones al escrutinio más estricto.⁸⁴⁸

Parecía obvio suponer que si hasta entonces el uso de la raza había sido usada como instrumento de perpetuar la segregación racial o, más llanamente, la subordinación de los negros frente a la mayoría blanca, su naturaleza era, *per se*, perniciosa. Sin embargo, aquellos que hablaron en pro de la no discriminación como principio paradigmático no tenían en mente que la posibilidad de que la raza fuera tomada en cuenta a la hora de luchar en contra de las desigualdades sociales, y mucho menos que algunos miembros de la mayoría blanca fueran víctimas de estos mecanismos correctores.⁸⁴⁹ El

⁸⁴⁶ Ésa es la postura de Ferreres, quien, siguiendo a Owen Fiss, considera que el juez debe proteger a ciertos grupos que han sido discriminados en el pasado con una actitud de sospecha ante la ley, no así a aquellos miembros de la mayoría. Parte para esto de una interpretación de la igualdad como un principio que prohíbe la subordinación económica, social y política de unos grupos frente de otros. *Cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 262 y 263, nota 56.

⁸⁴⁷ Como tuvimos ocasión de señalar en el segundo capítulo, la sentencia *Korematsu* introdujo la noción de criterios sospechosos para aquellas normas que restrinjan los derechos de un “determinado grupo racial”.

⁸⁴⁸ “Brown I itself did no need to rely upon any psychological or social-science research in order to announce the simple, yet fundamental, truth that the government cannot discriminate among its citizen on the basis of race... At the Heart of his interpretation of the Equal Protection clause lies the principle that the government must treat citizens as individual, and not as members of racial, ethnic, or religious group. It is for this reason that we must subject classssification to the strictest of scrutiny”. *Missouri vs. Jenkins* 515 U. S. 70 (1955).

⁸⁴⁹ En *Texas vs. Jonson*, 491 U. S. 397, 418 (1989), el juez Brennan señala: “discrimination on the basis of race is odious and destructive”. Michelman señala que Brennan,

principio de no discriminación, traducido como prohibición de clasificaciones raciales, parece ser el máximo obstáculo al que se enfrentan las *affirmative actions*.⁸⁵⁰ No obstante, Reva Siegel prueba que los precedentes que rechazan las clasificaciones raciales por considerarlas contrarias a la Constitución son posteriores a la sentencia *Brown*.⁸⁵¹

Lo que se prueba en *Brown*, se insiste, son las consecuencias perniciosas de la segregación en las escuelas y no los efectos en otras áreas segregadas. Cuando la sentencia se aplica a otros ámbitos segregados no quedaba del todo claro cual sería el principio que debería universalizarse. El mismo Wechsler interpreta la sentencia *Brown*, no como una contradicción formal del principio de igualdad de la sentencia *Plesy vs. Ferguson*, sino en el hecho “intrínsecamente desigual” de las escuelas segregadas.⁸⁵²

Una prueba, según Siegel Reva, de que aquellos jueces que redactaron *Brown* no pensaron en proscribir las clasificaciones raciales es el hecho de que en 1955, apenas un año después de *Brown*, la Corte Suprema rehúsa declarar la inconstitucionalidad de una ley que prohibía los matrimonios interraciales en el estado de Virginia: *Naim vs. Naim*.⁸⁵³

En la década de los sesenta se seguía cuestionando si la sentencia *Brown* representaba un principio en sí mismo sobre la igualdad. Para algunos, la sentencia en sí no declara que la enmienda XIV prohíba todo tipo legal de distinción racial.⁸⁵⁴ Reva interpreta el estudio de Wechsler,

al redactar esta frase, pudo haber tenido en mente el uso que los estadounidenses aborrecen de las clasificaciones: las prácticas de hostilidad, desaprobación, o denigración contra un grupo racial o sus miembros. Y es que el término *discrimination*, señala Michelman, tiene dos acepciones: *classification* y *maltreatment*. Michelman, Frank I., “Reasonable Umbrage: Race and Constitutional Antidiscrimination Law in the United States and South Africa”, *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 5, 2004, pp. 1378 y 1379.

⁸⁵⁰ Cummings, Scott, “Affirmative Action and the Rhetoric of Individual Rights: Reclaiming Liberalism as a Color-Conscious Theory”, *Harvard Blackletter Law Journal*, vol. 13, 1997, p. 183.

⁸⁵¹ Siegel, Reva B., “Equality talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *cit.*, pp. 1500 y ss. Según la profesora de la Universidad de Yale, en la sentencia *Brown* se discute sobre el daño que se les provoca a los niños negros en el sistema segregado de las escuelas, y no el hecho mismo de las clasificaciones raciales. *Ibidem*, p. 1476.

⁸⁵² Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *cit.*, p. 32.

⁸⁵³ 350 U. S. 891 (1950). Citado por Siegel, Reva B., “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *cit.*, pp. 1483 y 1484. La investigación de Siegel parece demostrar que el único objetivo de la Corte era la prohibición de la segregación y no establecer un principio anticlassificadorio.

⁸⁵⁴ Véase nota: School Board’s effort to reduce de facto segregation upheld. Balaban vs. Robin 14 N. Y. 2d 193, 199 N. E. 2D 375, 250 n. ys. 2D 281 (1964), *Ohio Saint Louis*

Toward Neutral Principle of Constitutional Law, como una condena a la segregación racial, como una práctica en la cual un grupo de poder político niega la igualdad de un grupo frágil políticamente; para esto cita el siguiente párrafo: “la segregación racial es, en principio, una negación de la igualdad de la minoría contra quien se dirige; es decir, el grupo que no es dominante políticamente y que, por lo tanto, no tiene capacidad de decidir”.⁸⁵⁵ No olvidemos que la enmienda XIV fue concebida como un instrumento para terminar con la discriminación en contra de la minoría negra.⁸⁵⁶

Fue en la década de los sesenta cuando comienza la convicción de que las clasificaciones raciales deben estar acompañadas de una presunción de inconstitucionalidad. Reva cita la sentencia *McLaughlin vs. Florida*,⁸⁵⁷ donde se cuestiona la validez de una norma penal que tipificaba la

Law Journal, vol. 26, 1965, p. 145 (las notas son artículos de estudiantes que se publican sin firma). Como antecedente de esta opinión véase Hellerstein, William E., “The Benign Quota, Equal Protection, and the Rule in Shelley’s Case”, *Rutgers Law Review*, vol. 17, 1963, pp. 531-561. El autor deja claro que la intención de la Corte al decidir *Brown* no era rechazar todas las clasificaciones legales que usaran la raza como rasgo diferenciador, sino aquellas clasificaciones con intenciones malignas. De hecho, esa era la premisa incluso antes de 1954. Lo anterior lo prueba con el análisis de *Snowden vs. Hughes* 321 (1944), donde para considerar que una clasificación racial es inconstitucional, la Corte Suprema atiende a la intención de discriminar: *intentional o purposeful*. *Ibidem*, pp. 550 y 551. Véase también Black, Charles L. Jr., “The Lawfulness of the Segregation Decisions”, *Yale Law Journal*, vol. 69, 1960, pp. 421-423.

⁸⁵⁵ “The racial segregation is, in principle, a denial of equality to the minority against whom it is directed; that is, the group that is not dominant politically and, therefore, does not make the choice involved”. Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principle of Constitutional Law”, *cit.*, pp. 32 y 33. Véase Siegel, Reva B., “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *cit.*, p. 1491. Ésa es la lectura que le da Louis Pollak a la sentencia *Korematsu* y la nota 4 de la sentencia *Carolene Products*. Para Pollak, la enmienda XIV es una prohibición de las políticas de estado que infligen daños al estatus de los negros. Pollak, Louis, “Racial Discrimination and Judicial Integrity: a Replay to Professor Wechsler”, *U. Pa. Law Review*, vol. 108, 1959, pp. 26-28.

⁸⁵⁶ Reva se fundamenta en Black, Charles, “The Fulness of the Segregation...”, *cit.*, pp. 429 y 430, y en Bickel, Alexander, *The least Dangerous Branch*, *cit.*, p. 57. Esta es la misma interpretación de la enmienda XIV que sostiene Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, *cit.*, p. 89.

⁸⁵⁷ 379 U. S. 184 (1964). Siegel, Reva B., “Equality talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *cit.*, pp. 1502 y 1503. La sentencia anulaba una norma del estado de Florida —Fla. STAT. Ch. 798 (1959)— que penaba, en su título de *Adulterio y fornicación*, el concubinato interracial. La defensa de una pareja sentenciada bajo esa ley advirtió que el delito imputado era el único que no requería pruebas de las relaciones sexuales. Véase Clearwaters,

cohabitación de parejas interraciales. En su sentencia, la Corte no hace un estudio, como lo hizo en *Brown*, del significado social que implica la prohibición de la cohabitación de parejas interraciales; tampoco habló de la importancia que implica extender la protección constitucional a las personas cuya dignidad ha sido afectada. Sin embargo, declaró la inconstitucionalidad de la norma, motivando su fallo en la falta de “un propósito legislativo válido de la ley estatal; ley que hace del color de piel de las personas la prueba que determina si una conducta debe ser considerada como delito”.⁸⁵⁸ Tres años más tarde, en la sentencia *Living vs. Virginia*,⁸⁵⁹ la Corte anula una norma del estado de Virginia que prohibía los matrimonios interraciales basándose en la presunción de inconstitucionalidad de las clasificaciones raciales.

Se comienza a hablar un lenguaje diferente. La Corte empieza a basar sus resoluciones usando la presunción de las clasificaciones raciales, así como en el análisis de la racionalidad de las normas y su adecuación entre fines y medios.⁸⁶⁰ Pero ¿qué pasa con aquella segregación racial que no es consecuencia de una política de Estado?⁸⁶¹ Recordemos que lo que prohíbe *Brown* no es la clasificación racial, sino las lesiones causadas por la clasificación racial en las escuelas.⁸⁶²

En *Plessy* se sostuvo que la separación por razas no era inconstitucional; en cambio, en *Brown* se demuestra que la separación de razas es en sí misma perniciosa, señala Kaplan. Más adelante, Kaplan advierte que la segregación racial causa el mismo daño a los niños en las escuelas segregadas en virtud de cuestiones geográficas —segregadas *de ipso*— que cuando la segregación es un acto y consecuencia de una política de Estado.⁸⁶³

Lon R., “Note: McLaughlin vs. State of Florida”, *Southern California Law Review*, vol. 38, 1964-1965, pp. 722-726. Véase también Miller, Lee M., “Constitutionality of Miscegenation Statutes-McLaughlin v. Florida”, *Maryland Law Review*, vol. 25, 1965, pp. 41-48.

⁸⁵⁸ 379 U.S. 198 (1964).

⁸⁵⁹ 388 U.S. 1 (1967).

⁸⁶⁰ Ésa era la propuesta en Pollak, Louis, “Racial discrimination and judicial integrity...”, *cit.*

⁸⁶¹ A esto se le llama segregación de facto, que no es otra cosa que el desequilibrio racial que no es resultado explícito de políticas basadas en asignaciones raciales. Siegel, Reva B., “Equality talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *cit.*, p. 1505, nota 128.

⁸⁶² Kaplan, John, “Segregation Litigation and the Schools – Part II: The General Northerm Problem”, *Northwestern University Law Review*, vol. 58, 1963-1964, pp. 157-214.

⁸⁶³ Cfr. *ibidem*, pp. 174 y 175.

La visión de Kaplan se basa en una concepción de la discriminación como un estado perjudicial para los negros.

La Corte entiende por *race-conscious* o conciencia del color⁸⁶⁴ una acción emprendida por un objetivo constitucionalmente permitido:⁸⁶⁵ tanto el gobierno federal como los locales estaban comprometidos con la desegregación escolar. De hecho, mientras que en los tribunales se usaba un escrutinio estricto para juzgar las clasificaciones raciales (*McLaughlin* y *Living*) los tribunales federales rutinariamente ratificaban el derecho de los gobiernos, tanto los locales como el federal, a utilizar políticas conscientes del color: ellos entendían que el propósito de la cláusula de igual protección de la ley era prevenir que el Estado ocasionara algún perjuicio a las minorías: “en otras palabras, entendieron el principio de igual protección como una restricción asimétrica del uso de la raza en las acciones del Estado”.⁸⁶⁶ Es asimétrica porque aunque el principio es el mismo no lo es su aplicación; y no lo es porque el objeto buscado en ambos son opuestos: la desegregación buscaba terminar con la inequidad, mientras que las leyes anuladas en *McLaughlin* y *Living* buscaban mantener la dominación de una raza sobre la otra.

Durante la década de los sesenta los tribunales no aplicaron la presunción de inconstitucionalidad a aquellas medidas voluntarias conscientes del color (o *race conscious*) tomadas por el gobierno con el propósito de integrar *de facto* en los colegios públicos segregados. Durante aquella década, los tribunales repetidamente sostuvieron que el Estado y los gobiernos locales podían usar medidas de distinción racial para abolir *de facto* la segregación o el desequilibrio racial. En la década de los setenta las políticas conscientes de la raza fueron consideradas clasificaciones raciales válidas sólo si no se encontraba violación a los derechos constitucionales.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ Cummings, Scott, “Affirmative Action and the Rhetoric of Individual Rights: Reclaiming Liberalism as a Color-Conscious Theory”, *cit.*; Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-discrimination Principle...”, *cit.*

⁸⁶⁵ Esta es la interpretación de Reva. *Cfr.* Reva B., “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *cit.*, p. 1512.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, pp. 1514 y 1518.

⁸⁶⁷ Así lo expresa Reva: “In the others words, during the 1960s, courts did not understand the presumption of unconstitutionality to constrain race-conscious state action voluntary undertaken for the porpouse of integration de facto segregated public schools. Throughout the 1960s, courts repeatedly held that state and local government could use race-specific measures to break down de facto segregates or «racial imbalance» in the

La Constitución es ciega al color y, al mismo tiempo, consciente de él. Esto no es, sin embargo, una antinomia para el principio de igual protección de la ley. Una clasificación que niega una ventaja, causa daño o impone una carga no se debe basar en la raza. En ese sentido, la Constitución es ciega al color; pero es conciente del color —*color conscious*— a la hora de prevenir la discriminación, así como para deshacer los efectos de actos de la discriminación en el pasado. El criterio que se deberá usar para distinguir las medidas constitucionales de las que no lo son, será entonces la relevancia del uso de la raza para el propósito del gobierno.⁸⁶⁸

Uno de los factores que ocasionó el cambio en las presunciones respecto a las clasificaciones raciales tiene que ver con el cambio en la década de los setenta en la composición de los jueces federales.⁸⁶⁹ En *Green vs. County School Board of New Kent County*,⁸⁷⁰ la Corte Suprema pidió a los distritos escolares que en vez de limitarse únicamente a suprimir los obstáculos legales, tomaran medidas para lograr la integración.⁸⁷¹ La noción de la Corte acerca de la igualdad era asimétrica; sin embargo, en *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*,⁸⁷² donde se evaluó la constitucionalidad de que los tribunales impusieran planes masivos para desegregar las escuelas, se declaró que las normas que clasifican usando como rasgo diferenciador la raza de las personas

nations's public schools, even when there no finding of a constitutional violation". *Ibidem*, pp. 1516 y 1517.

⁸⁶⁸ "The Constitution is colorblind and color conscious. To avoid conflict with equal protection clause, a classification that denies a benefit, causes harm, or imposes a burden must not be based on race. In that sense, the Constitution is color blind. But the constitution is color conscious to prevent discrimination being perpetuated and to undo the effects of past discrimination. The criterion is the relevance of color to a government purpose". *United States vs. Jefferson County*, 372 F.2d at 876. Citado por Reba B., *ibidem*, p. 1520.

⁸⁶⁹ *Ibidem*, p. 1521, nota 176. A finales de la administración de Johnson más del 70% de los jueces habían sido nombrados por presidentes demócratas, más del 39% por el mismo Johnson.

⁸⁷⁰ 391 U. S. 430 (1968).

⁸⁷¹ Lo mismo en la sentencia *Alexander vs. Holmes County Board of Education*, 396 U. S. 19 (1969).

⁸⁷² 402 U. S. (1971). La pregunta planteada ahora era: ¿la Constitución obliga a la integración racial en las escuelas públicas? Montgomery, J. W. III, "Swann vs. Charlotte-Mecklenburg own", *William and Mary Law Review*, vol. 12, 1970-1971, p. 838; Killian, Johnny H. y Costello, George Albert, *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation: Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States to June 29, 1992*, Washington, US Government Printing Office, 1996, pp. 1846 y ss.

no es necesariamente inconstitucional, si el propósito de la norma era revertir los efectos de la discriminación ocasionada por el Estado: la mención de la raza era inevitable.⁸⁷³

En *Keyes vs. Denver School District*⁸⁷⁴ se declaró que sólo donde la segregación había sido provocada por el estado la segregación era obligatoria. De ahí que la Corte ordenó a la ciudad de Denver dismantelar un sistema escolar deliberadamente segregado. En la sentencia se rompió la unanimidad con la que había venido actuando la Corte. El voto particular de Rehnquist consideraba que todo lo que se había venido actuando desde la sentencia *Green vs. School Board of New Kent County* era un exceso respecto a la decisión tomada en *Brown*.

En la sentencia *Milliken vs. Bradley*⁸⁷⁵ se rechazaron las medidas de unificación escolar y de *Busing*. La Corte excluyó de los planes de abolición de la segregación a muchos distritos suburbanos limitando las medidas de reparación a los distritos escolares donde se había violado la Constitución: a medida que los blancos se trasladaban en masa al extrarradio de las ciudades, esa decisión limitaba las posibilidades de acabar con la segregación en muchas ciudades con grandes concentraciones de alumnos de minorías y pocos blancos.⁸⁷⁶

1. *Los derechos sociales y la prohibición de la subordinación*

Los derechos sociales, como tuvimos ocasión de señalar, no están considerados como fundamentales por la Constitución norteamericana.

⁸⁷³ Hasnas, John, "Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle...", *cit.*, p. 56.

⁸⁷⁴ 1433 U. S. 189 (1973). Hanley, John W. Jr., "Keyes vs. School District no. 1: Unlocking the Northern Schoolhouse Doors", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 9, 1974, pp. 124-155; Onofry, Robert, "Keyes vs. School Dist. no. 1: Desegregation in the Northern Context", *New England Law Review*, vol. 9, 1973-1974, pp. 341-357. Véase el informe presentado por el gobierno de los Estados Unidos de América al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En el informe existen referencias a las sentencias más importantes que sobre discriminación ha fallado la Corte Suprema de los Estados Unidos. En línea: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0031.pdf>, se accedió a la página el 3 de septiembre de 2005.

⁸⁷⁵ 418 U. S. 717, 745 (1974).

⁸⁷⁶ Sobre esta sentencia véase Tomiko Brown-Nagin, "Elites, Social Movements, and the Law: The Case of Affirmative Action", *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 1518. En este ensayo se analizan muchas de las sentencias sobre desegregación.

Asimismo, la Corte Suprema ha rechazado catalogar los derechos sociales como de “interés fundamental”.⁸⁷⁷ Por esto, la norma que parezca restringir derechos sociales, sólo está obligada a demostrar una relación entre la clasificación y un interés del Estado.⁸⁷⁸

El derecho social a la educación ha sido, sin embargo, de vital importancia en la lucha contra la segregación racial. La desegregación empezó, de hecho, en el ámbito de la educación pública.⁸⁷⁹ La Corte, desde entonces, ha sido consciente de la importancia que implica el igual acceso a la educación. Sin embargo, al no ser un derecho considerado como fundamental, las restricciones a este derecho no gozan de una protección singular, basta que el Estado demuestre, como para el resto de los asuntos donde esté involucrado un derecho social, que la clasificación legal obedece a criterios racionales.

Esto provoca que ciertos grupos se encuentren en una situación de desamparo. Es el caso de los grupos de inmigrantes que viven en condiciones de miseria en algunos sitios de los Estados Unidos. Esto nos lleva a analizar la situación de estos grupos desde un punto de vista de la interpretación constitucional, tratando de establecer cuáles son los mecanismos constitucionales de defensa de los grupos más desfavorecidos.

Comenzaremos así analizando la sentencia *San Antonio Independent School District vs. Rodríguez*.⁸⁸⁰ En esta sentencia, los demandantes, todos mexicano-norteamericanos, sostuvieron que las escuelas públicas de los distritos pobres de donde provenían recibían menos dinero y, por tanto, su educación era de más baja calidad que en aquellas escuelas de distritos con más recursos.⁸⁸¹

⁸⁷⁷ *Dandridge vs. Williams* 397 U. S. 471 (1970).

⁸⁷⁸ Interés que puede ser, según Joseph Tussman, el de mejorar alguna situación social o remediar algún vicio social. Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 346.

⁸⁷⁹ *Brown Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁸⁸⁰ 411 U. S. 1 (1973).

⁸⁸¹ El sistema de financiación de la educación pública en Estados Unidos se genera por fondos derivados de tres fuentes principales: ayudas federales, estatales, y de los ingresos derivados de los impuestos locales. Sin embargo, los porcentajes de ayudas suministradas por cada fuente varía según la jurisdicción de que se trate. Obviamente, un distrito con un ingreso de impuestos locales alto generará más réditos destinados a la educación que un distrito con ingresos pobres. Para una descripción del sistema de financiación véase Coons, W. Clune y Sugarman, S., “Educational Opportunity: A Workable Constitutional Test for State Financial Structures”, *California Law Review*, vol. 57, 1969, pp. 305-421.

Una corte de distrito sostuvo que el sistema de financiación de la escuela de Texas era inconstitucional bajo la cláusula de igual protección de las leyes. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que al no ser consideradas sospechosas aquellas clasificaciones basadas en criterios económicos, y al no estar en juego un derecho fundamental, no se podría aplicar un escrutinio estricto. Lo que llevó a concluir que la discriminación hecha por el estado de Texas no constituía una violación a la enmienda XIV. De esta forma, se rechaza declarar que las diferencias relativas en los fondos otorgados a la educación constituyeran una violación a la cláusula de igualdad, pues la clasificación de la norma se encontraba “racionalmente relacionada con un interés legítimo del Estado”.

El magistrado Powell, como redactor de la sentencia, sostuvo:

No es de la incumbencia de esta Corte crear derechos constitucionales sustantivos en el nombre de la garantía de igual protección de las leyes. De esta forma, la clave para descubrir si la educación es un derecho fundamental no se encuentra en la comparación con el significado relativo que para la sociedad tiene la educación en oposición al derecho de subsistencia o de vivienda, ni se encuentra ponderando si la educación es tan importante como el derecho a la libertad de tránsito. Más bien, la respuesta se basa en valorar si el derecho a la educación está garantizado por la Constitución explícita o implícitamente.⁸⁸²

El magistrado Powell admite que la educación era extremadamente importante en los Estados Unidos; no obstante, argumenta que la importancia que pueda tener ésta no determina su carácter de derecho fundamental.⁸⁸³

La Corte afirma que la calidad de fundamental de un derecho no es una cuestión arbitraria. Desde este punto de vista, si el grado de escrutinio que se utiliza dependiera de lo que la mayoría entiende que tiene una importancia fundamental, la Corte estaría asumiendo una función legislativa: un derecho fundamental sólo será aquel que se encuentra explícita o implícitamente garantizado por la Constitución.⁸⁸⁴

⁸⁸² 411 U. S. 33-34.

⁸⁸³ Nunca se había declarado a la educación como un derecho fundamental; sin embargo, la sentencia *Brown vs. Board of Education*, 347, U. S. 483 (1954) señala la importancia de la educación, enfatizando que la oportunidad de obtener una educación “es un derecho al que deben acceder todos por igual”.

⁸⁸⁴ Sauntry, Susan S., “Irrebuttable Presumption as an Alternative to Strict Scrutiny: From Rodríguez to LaFleur”, *Geo Law Journal*, vol. 62, 1973-1974, pp. 1173-1201.

Como vemos, las discusiones en la Corte se limitan a establecer si los derechos están o no protegidos por la Constitución; es decir, si están incluidos explícita o implícitamente en ésta. Parece, entonces, que los derechos sociales estarían condenados a ser estudiados bajo el escrutinio mínimo bajo el cual es muy fácil para el gobierno justificar las normas discriminatorias. Aunado a esto, al establecer la Corte arbitrariamente cuáles son los derechos que se encuentran protegidos por la Constitución crea una concepción flexible de los derechos. Así, la Corte juega con los escrutinios que utilizará para juzgar los casos que se presentan como presuntamente contrarios a la enmienda XIV.⁸⁸⁵

En *Rodríguez*, se discute también si las clasificaciones económicas debían ser consideradas sospechosas. En sentencias como *Harper vs. Virginia Bd. Elections*,⁸⁸⁶ la Corte había considerado que la utilización de clasificaciones económicas era suficiente para invocar el escrutinio estricto. Otro antecedente lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema del estado de California, *Serrano vs. Priest*⁸⁸⁷ —primer caso donde se estudió la relación entre la cláusula de igual protección y el sistema de financiación de las escuelas públicas—, donde la Corte del estado utiliza un escrutinio estricto fundamentándose en los efectos directos de la norma en la educación (derecho que considera de interés fundamental) y en el hecho de que la norma utilizara criterios económicos (criterios que han sido considerados como sospechosos).⁸⁸⁸

Sin embargo, en *Rodríguez* la Corte consideró que los prerequisites para invocar el escrutinio estricto no se presentaba, pues la norma ni operaba con clases sospechosas ni envolvía un derecho fundamental pro-

⁸⁸⁵ Sobre la idea de la concepción flexible de la igual protección de la ley véase Yarborough, Tinsley E., "The Burger court and Unspecified Rights...", *cit.*, pp. 143-170.

⁸⁸⁶ 383 U. S. 663, 668 (1966). La Corte Suprema declaró inconstitucionales las leyes que establecían el pago de derechos como imprescindible para ejercer el derecho al voto en el estado de Virginia, pues a criterio de la Corte se establecía una "odiosa discriminación" entre ricos y pobres: el estatus económico es una "clasificación sospechosa", ya que no existe una relación racional con el ejercicio del derecho a votar; de esta forma, se establece la obligación del estado de velar por el igual derecho al voto.

⁸⁸⁷ 5, Cal. 3d 584, 487 P.2d 1241.

⁸⁸⁸ La Corte del estado considera que tiene autoridad para extender el reconocimiento judicial del derecho a la educación como un interés fundamental. La lista de derechos reconocidos por la Corte Suprema es más bien pequeña: libertad de tránsito, derecho al voto, ciertos derechos penales y el derecho a procrear. El derecho al voto, por ejemplo, no es un derecho constitucionalmente protegido; sin embargo, la Corte lo considera de "interés fundamental".

tegido por la Constitución; consecuentemente, sería analizado bajo la tradicional presunción de constitucionalidad de la cláusula de igual protección de la ley.⁸⁸⁹

Si la educación no está considerada como un derecho fundamental, y la calidad de extranjero ilegal no es considerada como sospechosa, no podía utilizarse un escrutinio estricto realizar el juicio constitucional. Como vemos, la sentencia *Rodríguez* da un paso atrás en la búsqueda de la igualdad que la Corte había emprendido décadas atrás con la sentencia *Brown vs. Board of Education*. Así, Joseph Vitteritti califica como “irónico” que la misma Corte que luchó tenazmente a favor de la integración racial retrasara el reloj una generación al declarar en *Rodríguez* que: “La cláusula de igual protección de la ley no exige absoluta igualdad o el goce de ventajas iguales en la educación”.⁸⁹⁰

2. Minorías sin representación política

Una interpretación correcta de la Constitución se basaría en la prohibición que establece la Constitución de crear una sociedad estratificada.⁸⁹¹ Una de las ventajas que tendría considerar que aquellas normas que perjudican a las minorías son inconstitucionales en función de sus efectos sería que dejaría a un lado las discusiones acerca de si los derechos sociales son o no fundamentales. Para Owen Fiss, los beneficios sociales deben otorgarse a todos por igual. Si la Constitución prohíbe la creación de castas dentro de una “comunidad de iguales” poco importa si los derechos sociales son o no fundamentales, pues el Estado debe otorgar los mismos beneficios a todas las personas que se encuentran en la “comunidad de iguales”.

El caso de los extranjeros sin derecho al voto es un buen ejemplo, pues las desventajas de estos grupos se acentúan si tomamos en cuenta esta incapacidad; la mayoría de las legislaciones en materia de inmigración confieren el derecho al voto sólo a los ciudadanos. De esta forma,

⁸⁸⁹ Sobre la sentencia *Rodríguez* véase K. W. G., “Disparaty in Financing Public Education: Is there an Alternative to Rodríguez”, *University of Richmond Law Review*, vol. 8, 1973-1974, pp. 88-97.

⁸⁹⁰ Viteritti, Joseph P., “A Truly Living Constitution: Why Educational Opportunity Trumps Strict Separation on the Voucher Question”, *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 57, 2000, pp. 96-98.

⁸⁹¹ Véase Fiss, Owen M., *Una comunidad de iguales...*, cit.

los extranjeros se encuentran en una situación de incapacidad política. Para Owen Fiss, junto a las incapacidades políticas, los inmigrantes tienen “incapacidades sociales”, cuestión que considera más problemática.

Owen Fiss califica las leyes que niegan derechos sociales de inconstitucionales, ya que éstas “estratifican” la sociedad creando un sistema de castas: “las restricciones políticas descansan sobre la idea de que la nación es una comunidad, y como cualquier organización voluntaria de este tipo impone reglas de pertenencia y deposita el poder de autogobernarse en quienes sean legalmente admitidos como miembros”.⁸⁹²

Tuvimos ocasión de señalar que los derechos sociales no son considerados como fundamentales. Este es el criterio que ha seguido la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Sin embargo, el juez constitucional ha reconocido que algunos derechos sociales, aunque no estén expresamente protegidos por la Constitución, no pueden negarse, pues representaría una afrenta a los objetivos de la cláusula de igual protección de la ley.⁸⁹³ Nos preguntamos entonces si no debería hacerse lo mismo con otros derechos.

3. *El inmigrante como paria*

A lo largo de este trabajo hemos dejado claro que la “igualdad ante la ley” en su interpretación tradicional condena la discriminación. Hemos dicho también que, para algunos autores, la cláusula de igual protección debe entenderse como la prohibición al sometimiento de grupos. Owen Fiss sostiene que este principio, al que llama “antisometimiento”, debe aplicarse a los inmigrantes, que, no siendo ciudadanos, no gozan de beneficios sociales. La Constitución prescribe que dentro de los Estados Unidos no deben existir castas sometidas, independientemente de cómo se formen o de quiénes las integran.

Cuando el Congreso estatal dictó la norma impugnada en *Plyler*,⁸⁹⁴ sentencia analizada en el capítulo precedente, existía en Texas una gran animosidad contra los inmigrantes; el miedo y el odio jugaron una importante dinámica causal que produjo la regulación.⁸⁹⁵ No obstante, la norma no fue invalidada según el principio de no discriminación. La nor-

⁸⁹² *Ibidem*, p. 38.

⁸⁹³ *Plyler* 457 U. S.

⁸⁹⁴ *Plyler vs. Doe* 457 U. S. 202 (1982).

⁸⁹⁵ Fiss, Owen M., *Una comunidad de iguales...*, cit., p. 30.

ma, como vemos, podía ser racionalmente justificada, pues se considera que es un medio adecuado dirigido a conseguir un propósito legítimo: disuadir a los inmigrantes para que no ingresaran de forma ilegal al Estado. Sin embargo, el efecto real es dejar a una minoría sin educación elemental. Vemos entonces que el principio de no discriminación no nos asegura igualdad de trato, por lo que es necesario utilizar otras herramientas para estar seguros de que el derecho a la igualdad de los inmigrantes esté protegido.

Una de las soluciones podría haber sido la utilización del escrutinio más estricto que hubiera puesto a la norma bajo sospecha. La solución de la Corte no fue ésta. El juez encontró una regla que prohíbe a cualquier estado crear lo que el juez Brennan llama “subclase de analfabetos”. Para Owen Fiss, esta sentencia marca una nueva interpretación de la cláusula XIV, según la cual no sólo estará prohibida la discriminación, sino la creación de una estructura de castas: “prohíbe la creación de grupos desaventajados, forzados a vivir al margen de la sociedad, aislados de la mayoría, siempre en situación de riesgo, y vistos como inferiores a sus ojos y a los del grupo dominante”.⁸⁹⁶

Según la opinión del magistrado Powell, los niños en edad escolar son las principales víctimas de la legislación, y basa el sentido de su voto precisamente en la inocencia de los menores, pues si bien es cierto que ellos ingresaron ilegalmente en Estados Unidos, también es cierto que ellos fueron traídos por sus padres, es decir, obedecieron a una voluntad externa. Por tanto, los menores no deben ser responsables de esta acción ilegal. Este argumento es para Owen Fiss un poco engañoso, pues la culpa no puede ser el único factor para establecer responsabilidades.

El hecho de entrar en un país extranjero de forma ilegal no puede ser razón suficiente para ser sometido a un régimen legal carente de derechos. Nadie, inocente o no, debe ser transformado por el Estado en un paria, tal como sucedería si se le denegara el acceso a la educación”.⁸⁹⁷ Los padres ingresaron a territorio de los Estados Unidos con la legítima

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 32. Este argumento contiene la siguiente lógica: quienes cruzan furtivamente la frontera con objeto de mejorar su calidad de vida merecen llevar una vida más desagradable que quienes provienen del mismo país, pero ingresaron de forma legal, es decir, los inmigrantes ilegales merecen un estatus de parias no porque sean inmigrantes, sino porque violaron la ley. Esto es precisamente lo que para Owen Fiss no está validado por la Constitución. Mientras los inmigrantes estén dentro de la comunidad se debe aplicar el principio de antisimetimiento, que deriva de la norma de igualdad ante la ley.

búsqueda de mejores condiciones de vida, por lo que no se les pueden negar derechos sociales, ya que esta privación los mantendría en una situación permanente de desventaja, pues la falta de educación es una forma de perpetuar las diferencias de clase.

El principio de no discriminación es esencialmente individualista; garantiza condiciones de imparcialidad al momento de obtener un bien escaso, y exige que las clasificaciones sean consideradas racionales. La excepción son los criterios sospechosos; que serán aquellos que presumiblemente no se encuentran funcionalmente relacionados con ningún propósito legítimo. Debemos preguntarnos entonces si la utilización de la norma que usa carácter de ilegal como rasgo diferenciador debe ser considerada sospechosa.

La Constitución no es un conjunto de normas tendentes a maximizar el bienestar individual a nivel global, es más bien una declaración acerca de cómo una sociedad desea organizarse, y ella, afirma Owen Fiss, prohíbe el sometimiento aun cuando sea voluntario.⁸⁹⁸ No concibe los derechos sociales como derechos exigibles al Estado, y ni siquiera considera que la utilización del criterio de residente no naturalizado o de extranjero ilegal sea irracional. La conclusión a la que lo llevan estos argumentos es que las normas que niegan derechos sociales a los extranjeros ilegales son inconstitucionales, y lo son porque éstas estratifican.

El fundamentar la inconstitucionalidad de las normas que niegan derechos sociales a las minorías en una supuesta prohibición constitucional de crear castas sociales tiene la ventaja de que no condiciona la existencia de una discriminación previa para la utilización de medidas de justicia correctiva. Hemos visto que la utilización de estas medidas ha estado condicionada a que se pruebe que los grupos desfavorecidos han sido discriminados en el pasado. Las reparaciones de los perjuicios causados por las discriminaciones históricas sólo podían ser alegadas por la minoría negra. Los inmigrantes, según Owen Fiss, no pueden apelar fácilmente a consideraciones de justicia correctiva.⁸⁹⁹

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁹⁹ Sin embargo, esto no es del todo cierto, pues no podemos olvidar que el sistema nacional de cuotas fue creado con el objetivo explícito de limitar el acceso de las “razas inferiores” a la ciudadanía. Como reacción al cambio masivo en el origen nacional de los inmigrantes europeos en las primeras décadas del siglo XX (fundamentalmente italianos, austrohúngaros, rusos y polacos) se promulgó una ley de inmigración destinada a mantener el aspecto étnico de la población norteamericana. La ley —The Immigration Act. Ch. 190, 43 Stat. 153. de 1924— suponía las primeras restricciones importantes en cuanto al número y origen de los inmigrantes que se admitirían cada año en Estados Unidos. Por

Existe una fuerte relación entre esta teoría establecida por Owen Fiss y nuestro trabajo. Su interpretación de la enmienda XIV sería la base que obligara al Estado a evitar las estratificaciones de la sociedad que tienden a formarse en toda comunidad. Al Estado se le tendrían prohibidos los actos que tuvieran como consecuencia la creación de castas. Sostenemos, sin embargo, que la obligación del Estado debe ir más allá del simple cumplimiento de una obligación de cumplir un derecho negativo a favor de los gobernados, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del Estado de subsanar los efectos de dicho incumplimiento.

Es el caso de las *affirmative actions* a favor de la minoría negra que ha sido justificada desde los tribunales como una forma de resarcir los daños causados por las normas segregacionistas.⁹⁰⁰ Para esto se sigue una lógica de reparación de los daños causados por los actos del pasado. Como consecuencia de esto, los inmigrantes, así como los miembros de otras minorías “diferenciadas y aisladas”, no pueden apelar a justificaciones de justicia correctiva.⁹⁰¹

El Estado tendría la obligación de cambiar las situaciones desfavorecidas en la que se encuentran los grupos minoritarios por la existencia de actitudes racistas, prejuicios sociales o por una situación pauperizada; situaciones que tienden a perpetuarse si se le niegan los bienes necesarios con lo que se podría romper con esta amarga cadena.

medio de ellas se favorecía a los inmigrantes procedentes de Europa septentrional y occidental, a la vez que se imponían cupos bastante más restrictivos respecto a los que provenían de Europa oriental y meridional, a los que se consideraba menos aptos para una rápida asimilación, lo mismo que los asiáticos. Para una visión de los cambios producidos por la ley de inmigración de 1965 véase Chin, Gabriel J., “The Civil Rights Revolution Comes to Immigration Law: A New Look at the Immigration and Nationality Act of 1965”, *Immigration and Nationality Law Review*, vol. 17, 1995-1996, pp. 87-160.

⁹⁰⁰ Esta es la tesis sostenida en la sentencia *Adarand* 515 U. S. (1995).

⁹⁰¹ Los movimientos antiinmigración expresan una oposición hacia las reformas a favor de los derechos civiles de los inmigrantes. Por ejemplo, Peter Brimelow, editor de la revista *Forbes*, ha escrito en contra de las normas a favor de los derechos de este grupo con argumentos a todas luces racistas: “Si se tiene una política como la de *affirmative action*, y se cuenta con gente inmigrante que son elegibles para esas cuotas, se convierte en un asunto absolutamente importante para nosotros que tenemos hijos de raza blanca. Tenemos que preguntarnos en qué tipo de nación nos convertiremos. Nosotros debemos preguntarnos también por qué nuestros hijos deben estar en desventaja por la afluencia de gente que no tiene relaciones históricas con este país”. Brimelow, Peter, “Symposium: Immigration Reform Laws: Redefining Who Belongs. Dissolving the American People”, *Rutgers Race and the Law Review*, vol. 1, 1998-1999, p. 143 (la traducción es nuestra).

4. *¿Por qué no el derecho al sufragio para los inmigrantes?*

El negar el derecho al voto a los inmigrantes sólo hace más difícil la asimilación de este grupo a la comunidad. Recordemos que la Constitución de los Estados Unidos no restringe el derecho al voto a los ciudadanos; la decisión sobre quienes pueden votar en las elecciones nacionales está en manos de los estados. Durante los siglos XVIII y XIX, en varios de los estados y territorios de los Estados Unidos los inmigrantes gozaban del derecho a votar en elecciones nacionales y locales: los estados de Indiana y Texas abolieron el sufragio de los extranjeros en 1921, seguido por Missouri en 1924 y, finalmente, Arkansas en 1926.⁹⁰²

El real obstáculo para el voto de los extranjeros es la idea profundamente arraigada acerca de que votar es un derecho exclusivo de los ciudadanos. Estamos convencidos de que de concederse el sufragio en las elecciones a quienes no son ciudadanos brindaría soluciones a los problemas de desventajas sociales de los inmigrantes; sin embargo, no hacen falta argumentos en contra de esta postura. Siguiendo a Jennifer Gordon, a continuación señalaremos algunos de estos argumentos.

1. *Quienes no son ciudadanos no han jurado lealtad a los Estados Unidos y, por lo tanto, no podemos confiar en que con su voto elijan lo mejor para el país, en contra de sus propios intereses.* La afirmación anterior supondría lo contrario, es decir, que el hecho de nacer en Estados Unidos fuese garantía suficiente de lealtad, cuestión que me parece muy dudosa. Además, son pocas o nulas las posibilidades que brindan las elecciones para incurrir en el delito de traición.
2. *Los inmigrantes inclinarían la balanza de poder en un estado o comunidad a votar por sus propios intereses.* Puede ser verdad que los inmigrantes no naturalizados votarían a favor de las propuestas que les fueran beneficiosas, pero también lo es que los ciudadanos siempre votan a favor de sus propios intereses, lo cual no tiene por qué representar un peligro para nadie.
3. *Si una persona deseaba votar, podría convertirse en ciudadano/a con facilidad.* Desafortunadamente, señala Gordon, esto ya no es así, pues las normas suelen ser bastante severas en cuanto a naturalización se refiere.⁹⁰³

⁹⁰² Rosberg, Gerald M., "Aliens and Equal Protection: Why not the Right to Vote?", *cit.*

⁹⁰³ Gordon, Jennifer, "Permítanles votar", en Fiss, Owen M., *Una comunidad de iguales*, *cit.*, pp. 61-70. Estos argumentos los utiliza para defender el voto de los inmi-

4. *Muchos de estos inmigrantes son personas en tránsito, por lo que no se les debería permitir votar.* En este argumento no se advierte que el voto de las personas en tránsito se evite haciendo cumplir el requisito de presentar un certificado de domicilio.

5. *Argumentos en contra de las affirmative actions*

En la década de los setenta en Estados Unidos se implementaron medidas que favorecían la integración de las minorías en las áreas más importantes de la vida social. Esos programas comenzaron a tener impacto sobre una generación de blancos “con poco o ningún entendimiento acerca de las luchas por los derechos civiles de los años cincuenta y sesenta, orientadas a erradicar el racismo oficial en los Estados Unidos”.⁹⁰⁴ Pues bien, según su entender, ellos no habían sido culpables de los atropellos en contra de los negros; por lo tanto, no podían ser considerados responsables de los abusos cometidos por otros: no tenían por qué remediar los errores; no podían pagar por ellos. Algunas de las críticas que se le hacen a las *affirmative action* serían las siguientes:⁹⁰⁵

A. *La ausencia de discriminación no admite excepciones*

Este argumento en realidad tiende a engañar, pues la discriminación en su sentido peyorativo es muy difícil de defender; sin embargo, la discriminación a la que se refieren los planes aquí analizados no se utiliza en los rasgos que debieran ser intrascendentes para establecer diferencias perjudiciales para un determinado grupo de personas: en las *affirmative actions* se habla de tomar en cuenta rasgos que han sido usados para discriminar o aquellos que nos hacen inferir una situación desfavorecida en

grantes en las elecciones locales; sin embargo, bien valen también para las elecciones nacionales.

⁹⁰⁴ Days, Drew S. III, “Acción afirmativa”, *cit.*, p. 51.

⁹⁰⁵ Los diferentes argumentos en contra de las *affirmative actions* se pueden encontrar en Hodges-Aeberhard, Jane, “La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, 1999, p. 276; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, pp. 95 y ss.; Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad...*, *cit.*, p. 73; González Martín, Nuria, “Igualdad de oportunidades: *affirmative actions*”, *cit.*, pp. 220 y 221; Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, *cit.*, pp. 181-189.

la que se encuentra el grupo de personas que los poseen.⁹⁰⁶ De ahí que una legislación neutral implicaría tomar partido por la desigualdad, pues ante el desequilibrio social el Estado tendría la obligación de revertir la tendencia a la exclusión de las minorías.

El candidato blanco que es rechazado porque se admite de modo preferencial a un negro puede normalmente alegar que ha sido rechazado de una forma injusta. Podríamos señalar como contraargumento que la injusticia puede ser medida desde una perspectiva individual o grupal: no es justo que un grupo se encuentre en una situación de inferioridad respecto de otro.⁹⁰⁷

B. *El argumento del estigma*

Los que esgrimen argumentos en contra de las *affirmative actions* suelen hacerlo desde un punto de vista paternalista; sostienen que aquellos que son acreedores de algún plan de acción positiva son los primeros perjudicados por el estigma que supone para ellos, por lo que la aplicación de un programa que contiene una *affirmative action* causa más perjuicios que beneficios.⁹⁰⁸

Este argumento parte de la suposición de que la sociedad mirará con suspicacia a aquellos beneficiados por alguna *affirmative action*. Si un estudiante miembro de un grupo minoritario ingresa a una universidad en función de la aplicación de un programa que prevé preferencias raciales, se condena a que se le considere menos capaz que aquellos que ingresa-

⁹⁰⁶ Si consideráramos el principio de no discriminación como principio rector, las *affirmative actions* representarían una excepción. Para Lucía Ruana, ése es precisamente el error en el que incurre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Kalanke*: “La discriminación positiva como forma de acción positiva especialmente incisiva y radical, debe conceptuarse como simple especificación de la igualdad, y no como su excepción”. Ruano, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año V, núm. 22, 1995, p. 3; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 95.

⁹⁰⁷ Fiss, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, cit., p. 149; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 100.

⁹⁰⁸ Sobre el argumento de estigma se puede consultar Delgado, Richard, “1998 Hugo L. Black Lectura...”, cit., p. 138-140; Tomei, Manuela, “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, cit., p. 454; Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., p. 183; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., pp. 99 y 100; Ruano, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, cit., p. 3.

ron sin “ayuda alguna”. El error de este razonamiento es doble. Por un lado, es sólo un argumento empírico, y no se basa en datos fidedignos, como encuestas o estadísticas, que confirmen que, por ejemplo, la sociedad desconfía de los médicos hispanoamericanos o negros que hayan egresado de alguna universidad que use criterios raciales en los procedimientos de ingreso a sus aulas.⁹⁰⁹

Por otro lado, este juicio tiene un error en su planteamiento: los beneficiarios de una *affirmative action* tienen algún tipo de ventaja frente a los demás para ingresar a las universidades; sin embargo, no cuenta con ninguna canonjía para superar sus asignaturas o para obtener el grado otorgado al final de sus estudios, por lo que deberá cumplir con todas las exigencias antes de egresar como médico o como abogado.

Se dice también que los beneficiados por los planes verán mermada su autoestima. En realidad, es más fácil suponer que lo más doloroso para una persona es verse excluido de determinados ámbitos.⁹¹⁰ Además, las personas a quienes se pretende otorgar un trato preferente tienen el derecho en todo momento de aceptarlo o no.⁹¹¹

C. *Las affirmative actions sólo benefician a los miembros menos necesitados de una minoría determinada*

Este argumento parte de la base de que aquellas personas que obtienen algún beneficio de algún plan de *affirmative actions* forman parte de un subgrupo de privilegiados dentro de aquella minoría: se beneficia a quien no lo necesita.⁹¹² En realidad, este es un argumento que podríamos consi-

⁹⁰⁹ Sobre esto véase Delgado, Richard, “1998 Hugo L. Black Lectura...”, *cit.*, pp. 138-140.

⁹¹⁰ Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, *cit.*, p. 183.

⁹¹¹ En realidad, todo criterio de selección dejará a algunas personas excluidas. Un criterio de inteligencia en la universidad, por ejemplo, dejaría a los menos inteligentes sin opción de ingreso. Lo anterior podría parecer un golpe para la autoestima del rechazado, pero no es por ese hecho injusto. Para un argumento similar véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 337.

⁹¹² Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, *cit.*, p. 181. Para Kimberly Paap, las *affirmative actions* deberían usar criterios económicos más que raciales; de esta forma se evitaría el problema del “estigma” hacia los negros, así como favorecer a las personas “realmente necesitadas”. Paap Taylor, Kimberly, “Affirmative Action for the Poor: A Proposal for Education Based on Economics, Not Race”, *Hasting Const. L.Q.*, vol. 20, 1992-1993, pp. 821 y ss. La traducción es nuestra.

derar válido si nos basáramos en una justicia compensatoria: sería una solución *overinclusive*, pues se benefician a más personas que aquellas afectadas por la discriminación:⁹¹³ no todas las beneficiadas por los planes son víctimas actuales de la discriminación; sin embargo, basándonos en una prohibición de la estratificación social no tendría cabida este argumento: lo que se busca es que la situación del grupo, en su conjunto, mejore.⁹¹⁴

Mejorando la situación de algunos de ellos podremos mejorar la de los demás miembros.⁹¹⁵ Se forman referentes de éxito para el resto del grupo. Además, se ha demostrado que al prescindir las universidades de prestigio de estos programas el ingreso de miembros de ciertas minorías se reduce drásticamente. Por tanto, aunque no son los miembros más marginados de la minoría a la que pertenecen, se sigue justificando el uso de preferencias raciales.⁹¹⁶

D. *Las affirmative actions violan el principio meritocrático*

La mayoría de las personas suponen que el mérito es el criterio más adecuado para otorgar bienes escasos, como empleos o plazas en universidades de prestigio.⁹¹⁷ La regla del mérito se entiende normalmente así: “los cargos deben ser ocupados por los individuos mejor calificados por-

⁹¹³ Sobre las normas *underinclusive* y *overinclusive* véase lo dicho en el capítulo segundo, página, 194.

⁹¹⁴ Fiss, Owen M., “Grupos y la cláusula de igual protección”, *cit.*, p. 152. También se podría decir que las medidas con *underinclusive* sólo benefician a algunos de los grupos más desfavorecidos. *Ibidem*, pp. 154-156.

⁹¹⁵ Esta misma idea es sostenida por Fernando Rey. Aunque se refiere especialmente al problema de la discriminación positiva a favor de las mujeres, la lógica es la misma: Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, p. 98. Por su parte, Ruiz Miguel señala que lo que aquí se discute son las posiciones individualistas y comunitaristas. Él justifica la “discriminación positiva” a partir de considerar a determinados grupos como “agregados e individuos con cierta cohesión”, por la existencia de “conciencia de grupo, la existencia de una red de reglas...”. Esto lleva a Ruiz Miguel a considerar que para superar las injusticias puede ser alcanzada tomando en cuenta la misma óptica de grupo. Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, *cit.*, p. 89.

⁹¹⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 338.

⁹¹⁷ Esto no es casualidad, pues en la teoría capitalista parece haber un vínculo conceptual entre la teoría de la justicia y la noción del mérito. La ideología burguesa intenta justificar las desigualdades de la sociedad capitalista apelando a la noción del valor del mérito: quienes triunfan en el sistema de libre empresa y propiedad privada, lo merecen por su inteligencia, su trabajo o sus habilidades. Campbell, Tom, *La justicia*, *cit.*, p. 193.

que la calificación es un caso especial de merecimiento”.⁹¹⁸ La calificación —o cualificación⁹¹⁹—, por su parte, sería aquella combinación de capacidad natural, esfuerzo y experiencia personal. Sostenemos, sin embargo, que en realidad el criterio del mérito no es absoluto: “en ocasiones puede ceder ante otro bien o valor constitucional, como es la igualdad de oportunidades”.⁹²⁰

Para muchos cargos se necesitan sólo cualificaciones mínimas; incluso para llevar con éxito estudios universitarios se requiere un mínimo de aptitudes que los aspirantes suelen cumplir. Imaginemos que todos los solicitantes de una plaza en una universidad o de un empleo cumplen con las aptitudes mínimas requeridas para desempeñar con éxito su encomienda. Así las cosas, los criterios para decidir quién o quiénes merecen el bien escaso pueden ser distintos a los de la calificación. Podrían otorgarse siguiendo un criterio temporal: primero en tiempo, primero en derecho. No obstante, se podría aducir que ese criterio no guarda relación con el propósito buscado por la universidad o por el empleador. Para el caso de las universidades, el propósito podría consistir en un óptimo aprovechamiento de los conocimientos adquiridos; en el caso del empleo, el propósito podría consistir en un desempeño eficaz en el trabajo del elegido.

Para una universidad, que los alumnos aprovechen al máximo los estudios es una prioridad; pero no es el único propósito: una universidad podría sostener, como de hecho se hace, que el fin último es crear profesionales comprometidos con su sociedad. En las universidades se crean muchos lazos que luego se reproducen en la vida laboral: la diversidad en las aulas se traduce en diversidad en el trabajo: ese propósito es, además de legítimo, prioritario si queremos una sociedad en la que la raza o el género no condicionen la vida de los hombres.

Desarrollar un alumnado con diversidad racial crea las bases para que en la vida laboral se puedan insertar miembros de minorías mejor cualificados. Se puede buscar una diversidad racial con el objetivo de lograr

⁹¹⁸ Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, cit., p. 146. A esta definición Walzer agrega: “Los individuos podrán o no merecer sus cualidades, pero merecen aquellos puestos donde sus cualidades tengan cabida”.

⁹¹⁹ Calificado es la persona que cumple con los requisitos necesarios para algo. Cualificado, aunque es sinónimo de calificado, se refiere a un trabajador que tiene formación especializada y es apto para realizar una actividad.

⁹²⁰ Sobre el argumento del mérito véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 99; Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, cit., pp. 87-89.

una sociedad más igualitaria, más justa. Un empleador podría (o debería) estar comprometido con la sociedad y sostener que el emplear negros, mujeres, gitanos u otros miembros de minorías conduce a una mejor integración de esos grupos en la sociedad; conduce a una sociedad con más armonía entre los grupos que la componen.

Otra reflexión nos lleva a sostener que para creer en el merecimiento de alguien a algo debemos de contar con un sinfín de factores.⁹²¹ El que una persona cuente con la mejor nota en sus pruebas de ingreso a una universidad podría demostrar que es el mejor calificado;⁹²² que alguien tenga más experiencia en algún tipo de empleo podría sugerirnos que es el mejor cualificado, pero lo que la calificación en realidad no demuestra es quien es el que más merezca ingresar a la universidad o lograr un puesto de trabajo.

Imaginemos, por ejemplo, a un inmigrante que trabaja a tiempo parcial para sufragar sus estudios y poder ingresar a la universidad; como consecuencia del tiempo invertido en dicho trabajo no tendrá el tiempo suficiente para preparar su ingreso de forma óptima. Supongamos, sin embargo, que eso no es óbice para que él cumpla con los mínimos exigidos por la universidad. Otro aspirante, con el mismo potencial que el primero, pero sin la necesidad de trabajar, podría obtener notas más altas. La pregunta que nos hacemos es si por eso tendría más méritos que el primero. Sostenemos que la respuesta es negativa; el merecimiento es más complicado que lo que suele parecer: es válido tomar en cuenta las desventajas particulares o grupales a la hora de decidir quién merece algo más.

Recordemos que la ideología del mérito para los marxistas es una farsa completa, de ahí su desprecio por las apelaciones de justicia en el contexto del capitalismo. La negación de la justicia de los méritos se basa también en el materialismo histórico, de acuerdo con el cual todas las acciones humanas son producto de procesos históricos inevitables y no de acciones libres de los participantes.⁹²³ En las sociedades capitalistas, la dominación de un grupo sobre los demás se construye sobre dogmas fa-

⁹²¹ Un argumento en contra del criterio absoluto del mérito lo expresa Ruiz Miguel así: “Nadie merece sus talentos naturales, y todavía menos los adquiridos socialmente, a través de la familia, la educación, etcétera”, Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, *cit.*, pp. 87-89.

⁹²² Dworkin ha señalado con insistencia que existen otros criterios para el ingreso a las universidades, como valorar el rendimiento deportivo.

⁹²³ Sobre esto véase Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, *cit.*, p. 193.

laces como el del mérito. Sobre esos falsos presupuestos se “legitima” el poder político, poder que definiera Marx como “la violencia organizada de clase para la opresión de otra”.⁹²⁴

No es gratuito que para Marx una de las prácticas recomendadas allá donde se impusiera el comunismo sería la abolición del derecho de herencia. Rawls reconoce que el principio de igualdad de oportunidades sólo puede realizarse de forma imperfecta mientras siga existiendo la institución de la familia.⁹²⁵

Es verdad que los planes que toman en cuenta la raza no son perfectos; sin embargo, los riesgos que se corren al usar clasificaciones raciales son menores que los que se corren tomando una actitud pasiva ante la creciente desigualdad en las sociedades.⁹²⁶

⁹²⁴ Marx, Carlos, *Manifiesto del partido comunista*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1985, p. 86.

⁹²⁵ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 79.

⁹²⁶ Days, Drew S. III, “Acción afirmativa”, cit., p. 52.