

CONCLUSIONES

Primera. Uno de los postulados de Cardozo, posteriormente retomado por Ronald Dworkin, señala que el juez debe orientar sus decisiones de acuerdo a principios, principios que el juez debe descubrir. Para Dworkin, existe una “única respuesta correcta” para toda cuestión que se le presente al juzgador. Tristemente, la idea de la respuesta correcta no es más que una quimera: las decisiones hercúleas son imposibles para un ser humano falible por naturaleza.

No obstante, buscar mecanismos decisorios que nos permitan arribar a decisiones más justas es tarea loable y necesaria. Los problemas jurídicos, por difíciles que parezcan, deben resolverse; por lo que estamos obligados a encontrar la fuente de nuestro principio y sobre él fundamentar el fallo.

Existen problemas jurídicos, que para resolverse resulta válido apelar al principio de la mayoría. Gran parte de las normas se sustentan en cuestiones que la sociedad considera como justas, y muchos de los principios jurídicos sobre los que aquellas normas se cimientan son parte de la idiosincrasia imperante en una sociedad determinada, por lo que para solucionar ciertos problemas se puede apelar a lo que la mayoría cree que es lo más justo.

No obstante, no todas nuestras decisiones buscan sustento en las mismas fuentes; las opiniones de la mayoría deben permanecer al margen de algunos procesos decisorios. El principio de la mayoría no tiene cabida en circunstancias donde la mayoría, por circunstancias concretas, representa una de las partes encontradas. En un juicio, por ejemplo, a nadie se le ocurriría apelar a lo que la mayoría considera que es la resolución más justa: las partes tienen un interés egoísta, buscarán que el caso se resuelva a su favor, ¿por qué entonces algunos insisten en buscar respuestas en las opiniones de la mayoría sobre problemas en donde los intereses egoístas de esa mayoría están implicados? La sociedad no debe resolver sobre asuntos donde los derechos de las minorías están involucrados; la

animadversión y los prejuicios en contra de los grupos más vulnerables deslegitiman las decisiones gestadas en el foro.

Algunas cuestiones jurídicas requieren de sólidos conocimientos de derecho para ser resueltas, por lo que son los juristas de más prestigio y pericia las personas idóneas para fallar sobre ellos. Recordemos que para John Stuart Mill las decisiones de los jueces o “designios de una minoría” deben prevalecer sobre los de la mayoría. La calidad moral de aquellos jueces impedirá la actitud despótica que algunos podrían temer.

Concluimos entonces que es el máximo tribunal el encargado de decidir asuntos donde los intereses de las minorías más desfavorecidas estén involucrados. El caso por antonomasia donde los intereses de las minorías están en entredicho son las *affirmative actions*, pues se pretende ayudar a aquellos que cuentan con menor peso dentro de la sociedad. El órgano idóneo para el desarrollo de estos derechos es precisamente el órgano encargado de interpretar las normas constitucionales: la Corte Suprema de los Estados Unidos. La defensa de las *affirmative actions*, sostendemos, debe darse desde los tribunales: los jueces son el último recurso para disolver las controversias. Las discusiones sobre estos asuntos no deben confiarse a deliberaciones públicas.

Segunda. Como tuvimos oportunidad de señalar, el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos es de suma importancia para la vida de aquel país norteamericano; aunque en el ámbito académico se sigue discutiendo acerca de su legitimidad democrática, sin duda la sociedad le reconoce plena autoridad a aquel máximo tribunal para resolver las más diversas cuestiones que se le presentan.

Advertimos que su labor no ha estado libre de críticas; sin embargo, todas aquellas sentencias dictadas por la Corte, aunque en ocasiones obedezcan a criterios que hoy nos parecen errados, han sido fundadas en principios jurídicos bien meditados. Ése es el gran valor de todo tribunal: la motivación de sus fallos es el punto de partida para posteriores discusiones. La disidencia al interior de la Corte, expresada a través de los votos particulares, deja abiertas otras opciones de resolución; muchas ideas brillantes se han plasmado en aquellas posiciones individuales para luego retomarse. La tímida idea expresada en la nota 4 de la sentencia *Carolene Products* es un ejemplo de aquella refinada construcción de argumentos jurídicos. Hacemos nuestra la conclusión de aquella nota: el perjuicio dirigido contra minorías diferenciadas y aisladas debería también dar lugar a un examen judicial más cuidadoso. No todas las normas

gozan de la misma presunción de constitucionalidad: la presunción debe graduarse.

Tercera. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha dejado claro que en clasificaciones raciales debe usarse un escrutinio estricto. No obstante, estamos convencidos de que la Corte debería diferenciar las intenciones con las que se establezcan las clasificaciones raciales, pues, según los criterios actuales, en los casos en los que no está probada una discriminación previa o en los que la diversidad no está considerada como finalidad prioritaria las *affirmative actions* con seguridad serán declaradas inconstitucionales.

El escrutinio estricto resultó útil en un primer momento, pues las clasificaciones raciales se usaron para perpetuar la situación en la que los negros norteamericanos se encontraban; el escrutinio estricto parecía un mecanismo idóneo para evitar las desigualdades en contra de los negros; sin embargo, esta misma doctrina ha supuesto un obstáculo para la utilización de mecanismos que buscan una igualdad de oportunidades a favor de las minorías.

El simple hecho de que una norma utilice rasgos como la raza no parece un motivo suficiente para que exista una presunción de inconstitucionalidad. Las normas que favorecen a la minoría negra, aquella minoría que por autonomasía protege la enmienda XIV, no están diseñadas con la intención de discriminar como lo estaban aquellas normas que subordinaban a los negros ante la clase dominante de los Estados Unidos, por lo que resulta paradójico que se estudien de la misma forma.

Recordemos que en la sentencia *Bakke* se señaló que los criterios raciales son sospechosos sin importar si éstos son usados para favorecer en lugar de perjudicar a grupos desfavorecidos: “La garantía de igual protección no puede significar una cosa cuando se aplica a un individuo y otra distinta cuando se aplica a una persona de raza diferente”.¹²⁰³ Si comparamos lo dicho en *Bakke* con lo dicho en la sentencia *Carolene Products*¹²⁰⁴ encontraremos una antinomia, pues en esta última sentencia la presunción se invierte estableciendo que aquellas normas que parecen afectar a una minoría no sólo no gozan de una presunción de constitucionalidad, sino que merecen un escrutinio especial de parte del juez. La sentencia *Carolene Products* se refiere a minorías diferenciadas y aisla-

¹²⁰³ *Bakke*, 438 U. S., 289-90, (1978).

¹²⁰⁴ 304 U. S. (1938).

das, no a la simple mención de criterios, como la raza, el género o la nacionalidad.

Sostenemos que el escrutinio estricto no es el adecuado para juzgar los planes que pretenden terminar con la segregación racial o terminar con la situación de desventaja en las que se encuentra la raza negra en los Estados Unidos: el escrutinio estricto no debe usarse para juzgar la constitucionalidad de las *affirmative actions*.

Cuarta. Los argumentos que defienden las *affirmative actions* fundamentándose en una justicia compensatoria carecen de fuerza: los perjudicados por estas medidas siempre se sentirán agravados, pues ellos no son culpables de los males causados en el pasado. Por eso, sostuvimos que los argumentos a favor de los planes que contengan alguna *affirmative action* deben estar basados en una justicia distributiva que tenga como criterio básico el rechazo de las desigualdades insultantes entre grupos.

Sostenemos que para que las minorías sean sujetas a protección especial basta con que éstas sean consideradas desprotegidas y aisladas, por lo que no deber ser necesario probar una discriminación previa o la existencia de falsos prejuicios en su contra; sí debemos probar una situación desfavorecida en la que se encuentran esos grupos, como su condición socioeconómica o política.

Quinta. En el capítulo cuarto tuvimos oportunidad de analizar las sentencias que sobre las *affirmative actions* han sido falladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En la actualidad, no todos los argumentos esgrimidos en los tribunales a favor de los planes que pretenden favorecer a determinadas minorías han sido considerados válidos. Para la Corte Suprema, como quedó establecido en las sentencias *Grutter vs. Bollinger*¹²⁰⁵ y *Gratz vs. Bollinger*,¹²⁰⁶ la diversidad racial en las universidades es uno de los pocos motivos consideradas constitucionales.

Tal parece que el argumento a favor de las *affirmative actions* basado en la diversidad es un argumento exitoso ante los tribunales. En el fondo, sin embargo, el objetivo de las universidades es terminar con la exclusión de las minorías en la vida universitaria. En el ámbito específico de la educación superior se ha ganado una batalla, pues la diversidad racial es considerada ahora un objetivo apremiante que justificaría el uso de la raza como criterio diferenciador. No obstante, terminar con la exclusión

¹²⁰⁵ *Grutter vs. Bollinger* U. S. 539 (2003).

¹²⁰⁶ *Gratz vs. Bollinger* 539 U. S. 244 (2003).

en los diferentes ámbitos de la sociedad norteamericana es la tarea pendiente. Como quedó establecido en *Adarand Constructors Inc. vs. Pena*: “La discriminación presente o pasada contra alguna minoría debe acreditarse, antes que asumirse”. Las *affirmative actions* se consideran válidas sólo si se demuestra una discriminación previa en un ámbito determinado. Se olvida de esta forma la motivación última de aquellos planes: terminar con la segregación de facto en la que viven las minorías en los Estados Unidos de América. De ahí que pugnemos por el reconocimiento por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos de los reales efectos de la ausencia de mecanismos tendentes a terminar con las desigualdades. Nos referimos a la perpetuación de las desigualdades entre grupos humanos: segregación, exclusión, discriminación y dominación.

Sexta. Debemos señalar que las desigualdades entre hombres, como apuntamos en su momento, son naturales; no lo es, sin embargo, que esas desigualdades sirvan como pretexto para la dominación de los débiles, no lo es que esas desigualdades se perpetúen. Sin la intervención del Estado, el egoísmo humano no conoce freno, las desigualdades se agudizan generación tras generación.

La cláusula de igual protección de las leyes nada nos dice acerca de las *affirmative actions*, ¿cómo debe entonces resolver el juez constitucional estos asuntos? Alguien podría sostener, como de hecho sucede, que permitir las *affirmative actions* a favor de determinados colectivos supone autorizar restricciones no justificables de los derechos de quienes no son miembros de ninguna minoría. Dworkin, como apuntamos en su momento, no se ha cansado de señalar que los derechos de las personas que presuntamente se ven perjudicadas por las *affirmative actions* no son fundamentales.

Las *affirmative actions* responderían a la necesidad de otorgar a ciertos colectivos un instrumento útil que les permita situarse en igualdad de condiciones respecto al resto de la sociedad. Esta idea parte de la base de que la sola supresión de la discriminación legal de las minorías en Estados Unidos no deja en igualdad de oportunidades a los diferentes colectivos, por esto, deben implantarse planes activos que ayuden a remediar la situación de desigualdad en la que se encuentra las minorías en los Estados Unidos.

La prohibición de la discriminación es una interpretación incompleta del principio de igualdad contenido en la cláusula de igualdad de la enmienda XIV y, en general, de la verdadera interpretación del principio

de igualdad contenido en todas las Constituciones modernas: la igualdad debe significar un mandato a los Estados para evitar que aquellas disparidades entre las personas sirvan como mecanismo de dominación de un grupo sobre otro; debe significar una lucha constante de parte del Estado para que la igualdad de oportunidades sea una realidad; debe significar una prohibición de que las desigualdades más ignominiosas se perpetúen. Las *affirmative actions* no son la panacea; sin embargo, su implementación sí puede ayudar a crear sociedades más equitativas, más justas.