

I. Introducción	269
II. Historia de las <i>affirmative actions</i> en Estados Unidos	272
1. La Ley de Derechos Civiles de 1964	278
2. Las <i>affirmative actions</i> : sus precedentes constitucionales	285
3. El juez debe atender a los efectos reales del acto impugnado	293
4. Las <i>affirmative actions</i> y su problema de justicia	294
III. Clasificación de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos referente a las <i>affirmative actions</i>	297
1. La sentencia <i>DeFunis vs. Odegaard</i>	299
2. La sentencia <i>University of California vs. Bakke</i>	301
3. La sentencia <i>Steelworkers of America vs. Weber</i>	310
4. La sentencia <i>Fullilove vs. Klutznick</i>	312
5. La sentencia <i>Firefighters vs. Stotts</i>	314
6. La sentencia <i>Local 93, International Association Firefighters vs. Cleveland</i>	316
7. La sentencia <i>Sheet Metal Workers vs. EEOC</i>	317
8. La sentencia <i>Wygant vs. Jackson Board of Education</i>	318
9. La sentencia <i>Johnson vs. Transportation Agency, Santa Clara County</i>	319
10. La sentencia <i>United States vs. Paradise</i>	321
11. La sentencia <i>Richmond vs. J. A. Croson Corporation</i>	322
12. La sentencia <i>Metro Broadcasting Inc. vs. FCC</i>	326
13. La sentencia <i>Adarand Constructors, Inc. vs. Pena</i> : las <i>affirmative actions</i> en peligro	328
14. Antecedentes de las sentencias <i>Grutter vs. Bollinger</i> y <i>Gratz vs. Bollinger</i>	334
15. Corolario	346

CAPÍTULO CUARTO

LAS *AFFIRMATIVE ACTIONS* SEGÚN LA CORTE SUPREMA
DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo tercero realizamos una justificación del uso de las *affirmative actions* basada en el mandato constitucional de no subordinación que, entendemos, existe en la Constitución norteamericana.⁹²⁷ Se estableció que el resarcimiento de los daños causados por la discriminación vivida en el pasado es sólo un remedio parcial, al demostrar que muchas de las desigualdades son producto no de la discriminación hacia determinados grupos, sino de situaciones específicas que, de continuar, perpetuarían la situación desfavorecida en la que se encuentran los grupos minoritarios. Por ello, se propuso una interpretación de la igualdad constitucional basada en el principio denominado también “de no subordinación”.

En este capítulo defenderemos el uso de las *affirmative actions* valiéndonos de aquella interpretación de la cláusula de igualdad como prohibición de la subordinación de grupos sociales. Estamos convencidos de que el principio de antesubordinación es la lectura correcta del concepto de igualdad no sólo en el derecho norteamericano, sino de todo principio de igualdad consagrado en los textos constitucionales modernos. Conceptuar el principio de igualdad como una prohibición de la subordinación de un grupo social a otro conduciría a sentencias más justas, más acordes con el principio más abstracto contenido en la cláusula de la igualdad que tiene como fin último que todos seamos tratados co-

⁹²⁷ Una justificación similar es la que ha defendido Javier de Lucas: “...la justificación más clara es la que resulta del argumento de que se trata de vías para evitar la exclusión, para producir integración igualitaria, equilibrio social, exigencias derivadas de la igualdad, pero también de la solidaridad...”. Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, en varios autores, *Acciones positivas. El derecho...*, cit., p. 498.

mo iguales. Por lo anterior, usaremos como referencia las sentencias que sobre la materia ha dictado la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

En el capítulo primero concluimos que debe ser el juez el que se encargue de resolver, en última instancia, los asuntos difíciles. La Corte, haciendo uso de su discrecionalidad judicial, resuelve los casos usando principios que se encuentran fuera del ámbito constitucional.⁹²⁸ Lo anterior nos hace concluir que el problema medular referente a la constitucionalidad de las *affirmative actions* se debe resolver en última instancia de acuerdo con principios de justicia ajenos a la Constitución.⁹²⁹

En el segundo capítulo vimos que la Corte ha fallado una serie de casos que sirven como guía para resolver asuntos en los que la cláusula de igualdad parezca haber sido violada. La Corte, mediante un sistema de presunciones, trata de establecer si existe o no un trato discriminatorio. A lo largo de este capítulo iremos conociendo el camino que ha llevado a la Corte a las actuales resoluciones sobre las *affirmative actions*.

Para comprender el sistema utilizado por la Corte Suprema será necesario analizar las sentencias que han dado forma a la actual doctrina utilizada por aquel máximo tribunal. Este análisis nos llevará a relacionar el tema con diversos aspectos del derecho constitucional norteamericano, siempre con la idea de que el esclarecimiento de éstos será útil para el análisis del juicio que el juez realiza al conocer sobre la constitucionalidad de las *affirmative action*.

Las *affirmative actions* han provocado un fuerte debate doctrinal; se cuestiona, por ejemplo, si es jurídicamente válido tratar desigualmente para perseguir una igualdad real o sustancial. Como lo señalamos en su

⁹²⁸ Como sabemos, esta posición no es unánime; para los originalistas, los fallos de la Corte se deben fundamentar sólo en derechos protegidos por la Constitución. La premisa para ellos es que la Constitución norteamericana es *color blind*: las clasificaciones basadas en la raza, excepto aquellas relacionadas con circunstancias extremas, son *per se* inconstitucionales. La idea de la Constitución como ciega al color ha sido la premisa básica para los defensores de la igualdad desde Harland. La noción de una Constitución ciega al color se relaciona con la idea liberal que se encuentra en pugna con la idea central de las *affirmative actions*. Charles, Guy-Uriel E., "Affirmative Action and Colorblindness from the Original Position", *Tulane Law Review*, vol. 78, 2003-2004, pp. 209-236. Sin embargo, desde las políticas desegregacionistas de la década de los cincuenta se comenzó a usar la raza como un rasgo que legítimamente se puede tomar en cuenta. A esto se ha denominado *color conscious*.

⁹²⁹ Ésta es la opinión sostenida por Rodríguez, Marcela V., "Igualdad democracia y affirmative actions", *cit.*, p. 247.

momento, existen dos formas de justificar estas medidas. 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*.

Ramón Martínez Tapia habla de dos formas de justificar las *affirmative actions*: deontológica y teleológica.⁹³⁰ La justificación deontológica, que no es otra cosa sino un argumento retrospectivo o *backward-looking*, concibe a las medidas como correctivas o reparadoras de aquellas situaciones que se han sufrido en el pasado. Los efectos de la discriminación se atribuyen a un responsable: el Estado, las universidades públicas, etcétera. El responsable estaría obligado a reparar los daños causados por sus acciones.⁹³¹ La lógica que ha utilizado la Corte Suprema en su doctrina se apega a esta idea. La justificación teleológica o consecuencialista, a la que hemos llamado argumento *forward-looking*, tiene como valores, según Ramón Martínez, a la igualdad y a la solidaridad. No es importante saber quién o quiénes son los causantes de las desigualdades: las disparidades se encuentran patentes en la sociedad, y deben ser remediadas.⁹³² El Estado juega un papel importante en el resarcimiento de los daños causados por la discriminación.

Existen réplicas con relación a estos planteamientos. A la primera se le objeta su enfrentamiento con un principio ético:⁹³³ las víctimas de la “discriminación positiva” no suelen ser responsables de la situación desventajosa de los grupos discriminados. A la justificación teleológica se le objetan cuestiones sociológicas, como el argumento que sostiene que las acciones positivas generan costes sociales indeseables, como pueden ser odios racistas.

⁹³⁰ Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, cit., p. 73.

⁹³¹ Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, en varios autores, *El derecho y la justicia*, cit., p. 498. “La justificación de la discriminación inversa como mera compensación es criticable, porque la compensación implica responsabilidad, y en estos casos, al tratarse de colectivos (los rasgos diferenciales no corresponden a individuos, sino a grupos) resulta muy difícil delimitar el sujeto, sobre todo extender la titularidad activa... y pasiva de la responsabilidad...”.

⁹³² En España ha sido defendida, aunque tímidamente, en Unzueta Barrère, María Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto de 2001, pp. 145-166.

⁹³³ Martínez Tapia lo expresa en los siguientes términos: “la persona excluida y perjudicada no suele ser responsable de la situación de discriminación que se trata de compensar, por lo que el sistema de responsabilidad objetiva sobre la que se sustenta es difícilmente aceptable”. Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad...*, cit., p. 73.

Se puede señalar que el uso de las *affirmative actions* por parte del Estado no está fundamentado en una justicia compensatoria, que implicaría la realización de un daño o perjuicio a determinados colectivos, sino en una justicia distributiva que obligaría a terminar con las desigualdades más acuciantes de la sociedad. Estas desigualdades pueden ser el resultado de una discriminación previa o pueden ser responsabilidad del Estado. No obstante, el Estado, en virtud de un mandato implícito en la Constitución, tendría la obligación de eliminarlas.⁹³⁴ La obligación no estaría condicionada a la demostración de una discriminación previa, ni tampoco sería la consecuencia del incumplimiento del Estado de la obligación de no discriminar.

II. HISTORIA DE LAS *AFFIRMATIVE ACTIONS* EN ESTADOS UNIDOS

Los orígenes de la expresión *affirmative actions* en los Estados Unidos⁹³⁵ los encontramos por primera vez en materia de derecho laboral.

⁹³⁴ La idea de Owen Fiss sobre la no estratificación está basada precisamente en una justificación teleológica. Fiss, Owen M., *Una comunidad de iguales...*, cit.

⁹³⁵ En realidad, las *affirmative actions* se usaron por primera vez en la India, donde se denominan *compensatory discrimination*. Estas acciones del Estado son una respuesta agresiva al estatus dispar entre las diferentes capas sociales, así como a la diferencia en la igualdad de oportunidades entre ciudadanos indios. En la India existe cuatro varnas u órdenes: Brahamin, Kstrilla, Vaishya y los Shudra; en el más bajo escalafón se encuentran los Harijans o intocables. La tradición milenaria restringe los oficios en los que libremente se pueden ocupar los miembros de cada casta. Hamilton Krieger, Linda, "The Burdens of Equality: Burdens of Proof and Presumptions in Indian and American Civil Rights Law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, p. 93. Hasta antes de la independencia de la India, en 1947, el imperio británico mantenía separados a los electores; además, reservaba asientos en el parlamento. En el artículo 17 de la Constitución de 1950 el sistema de castas quedó abolido: "Untouchability is abolished ad its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of Untouchability shall be an offence punishable in accordance with law". Después de la independencia, el gobierno implementó un modelo de cuotas donde reservaba puestos en el gobierno para los miembros más desfavorecidos de la sociedad. El sistema denominado *compensatory discrimination* beneficia a las clases atrasadas o *backward classes*, que se dividen en: 1) *sheduled castes* o castas clasificadas, que representan el 15% de la población de la India (los antiguos intocables) y las *scheduled tribes*: tribus clasificadas, que se calcula en el 8% de la población. 2) *Other backward castes* u otras clases atrasadas: en esta categoría se integran a los grupos de personas clasificados según su religión (musulmanes o católicos y otros grupos religiosos). Véase el informe de la OIT de 2003. *La hora de la igualdad en el trabajo: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa*

Concretamente, en la Ley Nacional de Relaciones Laborales⁹³⁶ (National Labor Relations Act), que hacía referencia a la obligación de los empresarios de resarcir los daños causados por los actos en contra de empleados miembros de minorías, por los que habían sido declarados culpables. Se obligó a las empresas a la reinserción de los empleados en los puestos que hubieran ocupado si la discriminación no se hubiera producido. Más adelante se usó para ayudar a los veteranos de guerra a reinsertarse en el mercado laboral.

a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 71 y 72. Existe versión electrónica: www.ilo.org/declaration (se accedió a la página el 12 de noviembre de 2005). El 31 de agosto de 1990 el gobierno central reservó el 10% de las plazas de la administración pública a los sectores atrasados. Una medida similar fue impugnada en la causa *Indira Sawhney et al. vs. Unión de la India et al.* (1992). La Corte Suprema de la India declaró que la reserva del 27% de los puestos era válida como medio para superar la discriminación pasada y presente basada en el origen social, por lo que debía aplicarse a todas las personas, salvo a las pertenecientes a las capas superiores. Aunque una de las supuestas características de las *affirmative actions* es su carácter temporal, en la India se consideran permanentes, cuestión que parece más adecuada si consideramos que parece casi imposible vislumbrar una situación de plena igualdad de oportunidades. El gobierno, sin embargo, ha impuesto varias limitaciones a este sistema de cuotas en atención a la definición de grupos desfavorecidos. Para el estudio de las *affirmative actions* en la India véase Witten, Samuel M., "Compensatory Discrimination in India: Affirmative Action as Means of Combating Class Inequality", *Columbia Transnational Law*, vol. 21, 1982-1983, pp. 353-387; Sridharan, Priya, "Representations of Disadvantage: Evolving Definitions of Disadvantage in India's Reservation Policy and United States Affirmative Action Policy", *Asian Law Journal*, vol. 6, 1999, pp. 99-149, y Sridharan, Priya, "Representations of Disadvantage: Evolving Definitions of Disadvantage in India's Reservation Policy and United States Affirmative Action Policy", *Asian Law Journal*, vol. 6, 1999, pp. 99-149.

⁹³⁶ Ley Wagner (National Labor Relation Act), 29 U. S. C. A. (sección 160). Uno de los objetivos de la norma era prevenir los actos de discriminación. Se obligaba al Departamento de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board) a remediar las prácticas desleales de los empleadores. Suele señalarse esta ley como la primera en hacer uso de la prohibición. Véase Unzueta Barrère, María Ángeles, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *cit.*, p. 154; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las *affirmative actions*", *Jueces para la Democracia*, núm. 41, 2001, p. 52, nota 25. Sobre la ley Wagner se puede consultar Shugerman, Abe L., "Individual Employee Grievances' under the Wagner and Taft-Hartley Acts", *Wisconsin Law Review*, 1949, pp. 154-172. Por su parte, Paloma Durán remite los orígenes de las *affirmative actions* a las "medidas remedio" establecidas por los tribunales de Estados Unidos en el siglo XIX a favor del defendido. Durán y Laguna, Paloma, "Apuntes sobre las *affirmative actions*", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 30, 2000, p. 88.

Existen interesantes antecedentes de prohibición de la discriminación en las *executive orders* o decretos presidenciales.⁹³⁷ El primero de ellos fue el 8802, del 25 de junio de 1941, dictado bajo la presidencia de Franklin D. Roosevelt. El Decreto prohíbe por primera vez la discriminación en la industria militar. De ahí que algunos autores tomen este decreto como primer antecedente de las *affirmative actions*.⁹³⁸ En virtud de este Decreto se creó la Comisión de Prácticas Equitativas de Empleo (FEPC), organismo autónomo diseñado para eliminar la discriminación en el empleo por motivos de raza, color, credo u origen nacional. El Decreto 8802 era aplicable a los organismos estatales, así como a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, obligando a estos organismos a garantizar la participación plena y equitativa de todos los trabajadores en la industria de defensa, sin discriminación.⁹³⁹

En 1943 se dictó el Decreto presidencial 9346, en virtud del cual se crea una nueva Comisión de Prácticas Equitativas de Empleo, con las atribuciones específicas de recomendar medidas tendentes a eliminar la discriminación y promover la utilización más completa posible de la fuerza de trabajo. La Comisión no castigaba a los empleadores que hubieran discriminado; usaba como armas principales la publicidad y la influencia moral.⁹⁴⁰

⁹³⁷ Means, John E., “Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 73, núm. 3, 1966, pp. 249 y ss. Means señala también la prohibición de la discriminación contenida en normas estatales. Estas disposiciones prohibían la discriminación en diferentes tipos de empleo y en servicios públicos. Sobre esta orden puede verse, también, González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 191 y 192. Los términos *executive order* han sido traducidos al español como “orden ejecutiva”; sin embargo, esta traducción literal parece errónea si consideramos que desde el derecho romano se designa a las resoluciones del emperador como decretos o *decreta*. Las decisiones del Poder Ejecutivo han pasado al derecho español como decretos presidenciales. En Estados Unidos estas decisiones tienen fuerza de ley en determinados asuntos sin la necesidad de una aprobación del Congreso. Means, John E., “Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos”, *cit.*, p. 243, nota 1.

⁹³⁸ Véase Johnson, Roberta Ann, “Affirmative Action Policy in the United States: its Impact on Women”, *Policy and Politics*, 1990, vol. 18, núm. 2, 1990, p. 78; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, p. 34.

⁹³⁹ El texto completo se consultó en línea: ftp://216.54.96.55/pub/doc_072.pdf, se accedió a la página el 20 de septiembre de 2005.

⁹⁴⁰ *Cfr.* Means, John E., “Prácticas equitativas de empleo...”, *cit.*, p. 243. En este artículo se puede encontrar un análisis de los decretos presidenciales aquí señaladas. Dos años después de emitido el Decreto presidencial 9346, la Comisión de Prácticas Equitati-

El presidente dictó, en 1946, el Decreto 9691, en el que se prohibía la discriminación racial en la contratación de temporeros. Por el Decreto 9980, dictado por el presidente Harry S. Truman, en 1948, se creó el Consejo de Empleo Justo (o Fair Employment Board),⁹⁴¹ encargado de hacer cumplir la política de no discriminación en la rama ejecutiva del gobierno federal. El mismo año, con el Decreto 9808, el Poder Ejecutivo creó una Comisión de Derechos Cívicos de la Presidencia. En 1953, en virtud del Decreto 10479, el presidente ordenaba la abolición de todas las prácticas discriminatorias. En virtud de este documento se creó la Comisión Presidencial de Contratos con el Gobierno. Esta Comisión procura intensificar la lucha contra la discriminación implementando dos medidas: *a)* dar mayor fuerza y claridad a la cláusula antidiscriminatoria en los contratos con el gobierno, y *b)* perfeccionar los procedimientos de queja y poner en práctica los procedimientos para lograr su observancia.⁹⁴²

Los términos *affirmative actions* fueron utilizados por primera vez para referirse a los mecanismos dispuestos en el Decreto presidencial 10925, del 16 de marzo de 1961, para favorecer a las minorías raciales durante la administración del presidente John F. Kennedy.⁹⁴³ En virtud

vas de Empleo fue disuelta por el Congreso. En su último informe, la Comisión parecía bastante optimista con las políticas implementadas en contra de la discriminación en el empleo, señalando que: 1) la mayoría de los casos de discriminación pueden resolverse mediante procedimientos oficiosos, tales como la negociación y la persuasión: *a)* con la ayuda del sindicato local, un empleador resuelto puede emprender con buen éxito una política de igualdad de oportunidades en el empleo; *b)* las políticas antidiscriminatorias de los sindicatos nacionales pueden tener éxito si los sindicatos locales sostienen con firmeza la misma política. 2) Puede ponerse rápidamente término a la discriminación mediante negociaciones cuando el gobierno ha manifestado en forma inequívoca su autoridad y su propósito; 3) cuando las negociaciones fallan, las audiencias públicas son esenciales; 4) el Congreso tiene la obligación ineludible de promulgar una legislación federal relativa a las prácticas equitativas de empleo. Citado en *ibidem*, p. 244. Sobre este decreto presidencial véase también Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos", *cit.*, p. 168, y González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", *cit.*, p. 193.

⁹⁴¹ El Fair Employment Board dependía de la Civil Service Commission. Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos", *cit.*, p. 168.

⁹⁴² González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", *cit.*, p. 198.

⁹⁴³ Order núm. 10,925, 3 C. F. R. 448, 450 (1959-1963), p. 78. Véase Munro, Don, "The Continuing: Evolution of Affirmative Action under Title VII: New Directions after the Civil Right Act of 1991", *Virginia Law Review*, vol. 81, 1995. p. 565, nota 1; Cimolai, Silvina, "Acción afirmativa en el ingreso a las universidades norteamericanas. Princi-

de este Decreto se creó la Comisión Presidencial de Igualdad de Oportunidades en el Empleo.⁹⁴⁴ Este Decreto prohíbe que las empresas contratistas y subcontratistas del Estado discriminen dentro de la empresa, así como en sus procesos de selección y promoción de empleados, por motivos de raza, credo, color, u origen nacional.⁹⁴⁵

La prohibición de discriminación se hace efectiva a través de las cláusulas que obligatoriamente debían contener todos los contratos con el Estado. La parte tercera de la orden, titulada “Obligaciones de los contratistas y subcontratistas del gobierno”, en su sección 301, señalaba, entre otras cosas, la obligación de integrar cláusulas en todos los contratos con el gobierno federal que establecieran las siguientes obligaciones del contratista o subcontratista:

El contratista no discriminará a ningún empleado o aspirante a ningún empleo por motivo de su raza, credo, color, u origen nacional. El contratista adoptará *affirmative actions*⁹⁴⁶ para asegurar que durante el proceso de selección de personal o durante el desempeño de los empleos no habrá consideración alguna hacia la raza, credo, color, u origen nacional. Tales medidas incluirán, pero

pios de justicia y relaciones de poder en los fundamentos del caso *Universidad de California vs. Allan Bakke*”. En línea: <http://www.fundacionluminis.org.ar/Biblioteca.html>. Se accedió a la página el 20 de septiembre de 2005.

⁹⁴⁴ Taylor, Hobart Jr., “The President’s Committee on Equal Employment Opportunity”, *Southwestern Law Journal*, 1962, pp. 101-112.

⁹⁴⁵ En la parte II, sección 201, titulada “No discriminación dentro del empleo público”, ordenaba el estudio, por parte del Comité, de las prácticas de empleo público realizadas por el gobierno de los Estados Unidos. Hace alusión de los “pasos afirmativos” que debían realizarse en una política de no discriminación. La sección 202 señala: “Los estudios serán diseñados de tal forma que el Comité pueda prescribir e incluir estadísticas sobre patrones actuales del empleo, revisiones de procesos actuales, y la recomendación de las medidas positivas para la eliminación de cualquier discriminación, directa o indirecta, que ahora exista”. Sobre este decreto presidencial véase González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 200-206.

⁹⁴⁶ María Ángeles Martín Vida señala que si bien es cierto que las órdenes ejecutivas —decretos presidenciales— usaban los términos *affirmative actions*, los términos que no tenían el mismo significado que se les da ahora, pues lo que se pretendía era sólo “eliminar barreras institucionales e informativas que obstaculizaban la capacidad de los miembros de minorías (y de las mujeres) a la hora de competir con otros individuos por determinados puestos de trabajo”. Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 171, nota 41. Lo dicho por Martín Vida es cierto; sin embargo, poco tiempo después la Ley de Derechos Civiles autoriza a los tribunales a imponer medidas remedio a las empresas condenadas por discriminar. Esa disposición sí contiene la misma acepción de *affirmative action* que hoy le otorgamos a los términos.

no se limitarán, a lo siguiente: empleo, ascenso, remoción o transferencia, reclutamiento o publicidad del reclutamiento, despido o terminación, índices de la paga u otras formas de remuneración y selección para el entrenamiento, incluyendo el aprendizaje.⁹⁴⁷

En 1965 se dictó el Decreto presidencial 11246, del presidente Lyndon B. Johnson.⁹⁴⁸ En éste se obligaba a las empresas que celebraran contratos con el gobierno federal por más de 50,000 dólares, así como a las empresas subcontratadas, a no discriminar y a adoptar *affirmative actions* para asegurar que los solicitantes fueran empleados sin consideración de raza, credo, color u origen nacional, y que los trabajadores fueran tratados durante la relación laboral de la misma manera.⁹⁴⁹ El mismo año de este Decreto presidencial se nombró a Abe Fortas como presidente de la Corte Suprema.⁹⁵⁰

⁹⁴⁷ La traducción es nuestra. El Decreto presidencial se puede consultar en Birnbaum, Owen, "Equal Employment Opportunity and Executive Order 10925", *Kansas Law Review*, vol. 11, 1962-1963, pp. 17-34, y Ginsberg, Gilbert J., "Non-Discrimination in Employment: Executive Order 10925", *Military Law Review*, vol. 14, 1961, pp. 141-150.

⁹⁴⁸ Sobre este decreto presidencial véase Unzueta Barrère, María Ángeles, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *cit.*, pp. 12 y 13. Para Giménez Gluck, esta "orden ejecutiva" —decreto presidencial— sería el inicio de las políticas de "acción positiva": Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, *cit.*, p. 92. Aunque para él sólo significaban medidas positivas menos incisivas. *Ibidem*, p. 94.

⁹⁴⁹ Un famoso discurso del presidente Johnson en la Universidad de Harvard merece ser transcrito: "Freedom is not enough. You do not wipe away the scars of centuries by saying: now you are free to go where you want, and do as you desire, and choose the leaders you please. You do not take a person, who for years has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, 'you are free to compete with all others', and still justly believe that you have been completely fair. We seek not just freedom but opportunity. We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result." Sobre este decreto presidencial véase nota: "Executive Order 11246: Anti-Discrimination Obligations in Government Contracts", *New York University Law Review*, vol. 44, 1969, pp. 590-611; Manning, Robert D. y Domesick, Stephen R., "Title VII: Relationship and Effect on Executive Order No. 11246", *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, vol. 7, 1965-1966, pp. 561-574, y González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", *cit.*, pp. 206-217.

⁹⁵⁰ Es importante hacer notar que normalmente los magistrados de la Corte han sido nombrados por ser aliados del presidente, miembros del partido en el poder o simplemente juristas que comulgan con la ideología del Ejecutivo. Howard, A. E. Dick, "Decir qué es la ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad", *Projusticia*, p. 15. En línea: <http://projusticia.org.pe/ejournalusa02.shtml>, se accedió a la página el 22 de diciembre de 2005. No obstante, la designación de Fortas fue muy criticada, ya que co-

En 1967 se expidió el Decreto presidencial 11347 para incluir la discriminación sexual. A partir de este año, y en los comienzos de la década de los setenta, las políticas de *affirmative actions* se empezaron a usar en las universidades públicas, y adquirieron fuerte impulso.⁹⁵¹

Las características de estos decretos presidenciales serían: 1) en su papel de intervector el gobierno intenta paliar, en la medida de sus atribuciones, la discriminación en el empleo; 2) la utilización de motivación indirecta por parte de la administración; 3) percepción de la igualdad como integración, sea en el mercado de trabajo o en las instituciones públicas; 4) relación entre estas medidas con la política de no discriminación con fundamento en una justicia compensatoria.⁹⁵²

1. *La Ley de Derechos Civiles de 1964*

Después de la guerra civil, el Congreso había promulgado leyes sobre los derechos civiles o Civil Rights Acts, cuyo objetivo primordial era proteger los derechos de los nuevos ciudadanos en el ámbito civil y penal. Estas normas aparecieron en 1866, 1870, 1871 y 1875. La Civil Right Act de 1875, la más progresista de éstas, prohíbe la discriminación en una serie de establecimientos públicos, como tabernas, hoteles, teatros, medios de transporte o lugares de esparcimiento. Tristemente, la Corte Suprema, en su decisión *Civil Rights Cases*,⁹⁵³ declaró que la ley del Congreso se había excedido en las atribuciones otorgadas en la enmienda XIV. El Congreso no volvería a legislar sobre este tema hasta 1964.⁹⁵⁴ De esta forma, los jueces se quedaban sin instrumentos para defender los

mo ex consejero del presidente parecía encontrarse bajo conflicto de intereses. Posteriormente se acusó a Fortas de tráfico de influencias, por lo que presentó su dimisión en 1969. Sobre esto véase Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, *cit.*, p. 147.

⁹⁵¹ Véase Samper, Lluís, "Estratificación étnica y acción positiva. El caso de California", *cit.*, p. 216.

⁹⁵² Martín Vida establece características parecidas. Véase Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos", *cit.*, p. 155. En realidad, la última característica no está ausente de polémica. Los objetivos de las *affirmative actions* han provocado una fuerte discusión. Ya tuvimos ocasión de señalar lo peligroso que puede resultar motivar el uso de las *affirmative actions* en una justicia compensatoria. Nuestros argumentos quedarán más claros al final de este capítulo.

⁹⁵³ 109 U.S. 3 (1883).

⁹⁵⁴ Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 8-18.

intereses de las minorías, e incluso los más respetuosos con los derechos civiles reconocieron que la enmienda XIV no podía ser utilizada para obligar a los particulares a desistir de las prácticas discriminatorias contra los negros.⁹⁵⁵

Así las cosas, parecía imprescindible la ayuda del Congreso para luchar en contra de la discriminación privada en el empleo, la vivienda o en el acceso a los locales abiertos al público. Sin embargo, la Corte Suprema no esperó a la promulgación de esas leyes; la Corte considera ahora que es válido utilizar la legislación del siglo XIX relativa a los derechos civiles: la Ley de Derechos Civiles de 1871 fue reinterpretada para sancionar civil y penalmente la violencia de las masas contra los manifestantes en pro de los derechos civiles. En 1961, por ejemplo, en la sentencia *Monroe vs. Pape*,⁹⁵⁶ la Corte fundamentó su fallo en dicha ley para proteger a los que se manifestaban en pro de los derechos civiles, permitiéndoles invocar la protección de los tribunales de primera instancia cuando la policía local violara sus derechos.

La Ley de Derechos Civiles fue promovida por el republicano Seller y promulgada en el Congreso el 2 de julio de 1964.⁹⁵⁷ La ley entró en vigor el 2 de julio de 1965. Dicha disposición contiene once títulos que versan sobre la discriminación, prohíbe determinadas acciones públicas y privadas en diferentes ámbitos.⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ Cfr. Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, cit., pp. 126 y ss.

⁹⁵⁶ 365 U. S. 167 (1961).

⁹⁵⁷ La Ley de Derechos Civiles de 1964 tiene como antecedente directo las leyes de 1957 y 1960. Sin embargo, éstas no fueron más que intentos fallidos para controlar las protestas de los negros en todo el país. González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", cit., pp. 217-219.

⁹⁵⁸ La Ley de Derechos Civiles está dividida en los siguientes títulos: I. Derecho a votar; II. Medida precautoria por discriminación en establecimientos públicos; III. Prohibición de la segregación racial en establecimientos públicos; IV. Prohibición de la segregación racial en la educación pública; V. Comisión encargada de los derechos civiles; VI. No discriminación en programas que reciben ayuda federal; VII. Igualdad de oportunidades de trabajo; VIII. Estadísticas de inscripción y votación; XIX. Intervención y procedimientos posteriores a la devolución del juicio a un tribunal de menor cuantía en juicios por derechos civiles; X. Institución del Servicio de Relaciones Comunitarias; XI. Disposiciones generales. Para un estudio de la Ley de Derechos Civiles véase Rodríguez, Daniel B. y Weingst Barry R., "Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the 1964 Civil Rights Act and Its Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, 2002-2003, pp. 1417-1452. En castellano: González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y

La ley fue la consecuencia de los movimientos en pro de los derechos civiles de aquella época (el 28 de agosto de 1963, doscientas mil personas se manifestaron en el Capitolio a favor de derechos civiles). Se reconoce la persistencia de la discriminación en el empleo y sus consecuencias: *a)* constituye una violación de los derechos fundamentales de la persona humana, y *b)* impide la utilización eficaz de los recursos de mano de obra que posee la nación.⁹⁵⁹

En su título VII, la Ley de Derechos Civiles prohíbe la discriminación racial y sexual en el ámbito laboral. Este título obliga a los empresarios.⁹⁶⁰ Aunque en su texto original se aplicaba sólo para las empresas de más de 25 trabajadores, con la reforma de 1972, el número de trabajadores se rebajó a 15.⁹⁶¹ En su título II prohíbe la discriminación privada en el acceso a los “lugares abiertos al público”, como hoteles, restaurantes y bares de grandes almacenes, cines y locales deportivos. Ésta era una de las disposiciones más preocupantes: en el siglo XIX una disposición idéntica había sido declarada inconstitucional en los *Civil Rights Cases*.

Esta vez, la Corte Suprema decidió fallar a favor de la constitucionalidad de la ley en *Katzenbach vs. MacClung*.⁹⁶² En virtud de esta sentencia, el título II protege a todos los ciudadanos: la Corte hace extensiva la aplicación del título II a prácticamente todos los lugares abiertos al público, y confirma las sanciones impuestas a los intentos privados de intimidar a los negros dificultándoles el ejercicio de su derecho de acceso a los mismos.⁹⁶³

respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 219-264 *id.*, “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*, *cit.*, p. 190.

⁹⁵⁹ Means, John E., “Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos”, *cit.*, pp. 263 y 367. Sobre lo dispuesto en el título VII de la Ley de Derechos Civiles véase González Martín, Nuria, “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”, *cit.*, pp. 186-207. Véase el análisis del título VII de la Ley de Derechos Civiles: Nota: “Employment Discrimination and Title VII of the Civil Rights Act of 1964”, *Harvard Law Review*, vol. 84, 1970-1971, pp. 1109-1316.

⁹⁶⁰ Esta es la primera mención, señala Sierra Ernaiz, a la discriminación sexual en el ordenamiento estadounidense. Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, p. 36.

⁹⁶¹ Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 169; Means, John E., “Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos”, *cit.*, pp. 366-368.

⁹⁶² 379 U. S. 294 (1964).

⁹⁶³ Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, *cit.*, pp. 128 y ss.

El gobierno comienza a usar las herramientas que tenía en sus manos con la finalidad de integrar a las minorías en diferentes ámbitos, como el empleo o la educación. En los empleos públicos el gobierno tenía la facultad de cambiar las políticas de contratación.⁹⁶⁴ Pero ¿puede el Estado legítimamente obligar a los particulares a no discriminar?⁹⁶⁵

Como vemos, la ley prohíbe a patrones, sindicatos y agencias de colocación, incisos *a*, *b* y *c* respectivamente,⁹⁶⁶ llevar a cabo conductas

⁹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 115 y ss.

⁹⁶⁵ La idea del *state action* cobra especial importancia para nosotros. ¿Puede intervenir el Estado para proteger los derechos fundamentales ante actos de particulares? Esta pregunta es la que se trata de responder Juan María Bilbao. Una de las sentencias más importantes sobre este tema es *Shelley vs. Kraemer* 334 U. S. (1948). Esta sentencia forma parte de una serie de fallos que versan sobre la constitucionalidad de las normas llamadas *Racially Restrictive Covenants* o Convenios Racialmente Restrictivos. Éstas eran cláusulas que se integraban en los contratos privados de compraventa y que consistían en el compromiso del comprador de no vender la propiedad adquirida a personas pertenecientes a minorías raciales: negros, judíos, japoneses o mexicanos. En *Shelley vs. Kraemer* se señala que cuando un tribunal conoce sobre la aplicación de una cláusula de discriminación privada ya no se encuentra en el ámbito de lo privado, sino que constituye una acción estatal incompatible con la cláusula de igualdad de la decimocuarta enmienda. Cuando el Poder Judicial se pone al servicio de quien persigue un objeto discriminatorio el Estado es tan responsable como el actor privado. Sobre esta sentencia véase Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado...*, *cit.*, pp. 85-89. También, J. G. C., “Civil Rights —No State Action Necessary to Prohibit Racial Discrimination by «Private» Schools— *Gonzalez vs. Fairfax. Brewster School Inc.*, *Civil Action* núm. 494-72 A. (E. D. Va., July 27, 1973)”, *University of Richmond Law Review*, vol. 8, 1973-1974, pp. 285-291.

⁹⁶⁶ En la sección 703 (a) se considerará que “un patrón incurre en una práctica laboral ilegal cuando: 1) no contrate o se rehúse a contratar, despida o discrimine a través de la remuneración, en los términos y condiciones de trabajo o en los derechos laborales en virtud de la raza, color, religión, sexo u origen nacional; 2) limite, separe o clasifique a sus empleados o solicitantes de empleo de manera que prive o intente privar a alguna persona de oportunidades laborales o que afecte de manera adversa a su condición de empleado en virtud de la raza, color, religión, sexo u origen nacional de esa persona”. La sección 703 (b) señala que “constituirá práctica ilícita de empleo el que una oficina de colocación omita recomendar o se niegue a recomendar para un empleo a un individuo, ejerza contra él discriminación por razones de raza, color, religión, sexo u origen nacional, o lo califique o recomiende para un empleo basándose en su raza, color, religión, sexo u origen nacional”. Por su parte, la sección 703 (c) determina que “Se considerará una práctica laboral ilegal por parte de un sindicato: 1) excluir o expulsar de su afiliación o discriminar de cualquier otra forma a cualquier persona en razón de su raza, color, religión, sexo u origen nacional; 2) limitar, separar o clasificar a sus afiliados o solicitantes de afiliación, o bien, clasificar o rehusarse a recomendar para algún empleo a cualquier persona de manera que prive o intente privar de cualquier oportunidad de trabajo, o que se limiten dichas oportunidades de trabajo o que se afecte de manera adversa su carácter de empleado o solicitante de un empleo en razón de la raza, color, religión, sexo u origen

discriminatorias directas o intencionales en todos los ámbitos de la relación laboral (*disparate treatment*). A su vez, se reconoce a los tribunales la capacidad de imponer planes de *affirmative actions* como remedio a las conductas discriminatorias intencionales de las empresas (sección 706(g)).⁹⁶⁷ Existe gran libertad para el juez, quien puede imponer cualquier tipo de medida reparadora o compensadora que se juzgue necesaria.⁹⁶⁸

El título VI prohíbe las prácticas discriminatorias en el marco de programas financiados por el gobierno federal. En materia de educación, el título VI de la Ley en cuestión proclama el principio de neutralidad racial. En cumplimiento de la Ley de Derechos Civiles se crea la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC por las siglas en inglés), que tiene responsabilidades en materia de ejecución y cumplimiento respecto de la eliminación de la discriminación por motivos de raza, color, origen nacional, religión, género, edad y discapacidad, practicada por empleadores privados y públicos en todos los aspectos de la relación laboral.⁹⁶⁹

nacional de dicha persona, o 3) hacer o intentar que un patrón discrimine a una persona en contravención de esta sección.

⁹⁶⁷ La sección 706 (g) señala que “si el tribunal determina que la parte demandada se ha involucrado en el presente o en el pasado en alguna práctica laboral ilegal alegada en la demanda, el tribunal podrá ordenar judicialmente a la parte demandada que se abstenga de participar en dicha práctica laboral ilegal y ordenar las medidas que considere apropiadas para exigir la eliminación de la conducta discriminatoria, entre las cuales se encuentran la reincorporación o la contratación de empleados, con o sin el pago de salarios atrasados (que deberá pagar el patrón, la agencia de colocaciones o el sindicato, según sea el caso, responsable de incurrir en la práctica laboral ilegal). Las ganancias o las cantidades provisionales que haya devengado con diligencia razonable la persona o las personas discriminadas servirán para reducir los salarios atrasados que de otro modo queden por deducir. Ninguna orden judicial exigirá la admisión o la reincorporación de un individuo como afiliado de un sindicato, o bien, la contratación, la reincorporación o el ascenso de un individuo como empleado o el pago a un individuo por concepto de salarios atrasados si a dicho individuo se le negó la admisión, fue suspendido o expulsado, o bien, se le negó el empleo o un anticipo, o se le suspendió o despidió por algún motivo distinto de la discriminación en razón de la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional, o en contravención a lo previsto en la sección 704(a)”.

⁹⁶⁸ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., pp. 36, 45 y 46. En 1991, con la nueva Ley de Derechos Civiles, esta sección ha sufrido modificaciones, facultando a los tribunales imponer el pago de gastos y costas, así como los daños y perjuicios (sección 107, de la CRA de 1991).

⁹⁶⁹ La Comisión consta de cinco miembros pertenecientes a los dos partidos principales de los Estados Unidos; miembros designados por el presidente, a propuesta y con el acuerdo del Senado. El título VII, sección 705, faculta a la Comisión, entre otras cosas, para hacer cumplir las disposiciones de la norma mediante conciliaciones y otras medi-

Es importante destacar la labor del Poder Judicial en la promoción del respeto a los derechos de las minorías. Los tribunales federales se valieron de sus facultades correctivas para fiscalizar las actividades cotidianas de cárceles, hospitales y sistemas escolares. Las mayorías de los tribunales adoptaron un criterio expansivo de las funciones que corresponden al Poder Judicial.⁹⁷⁰ En 1966 se fallaron las sentencias *Katzenbach vs. Morgan*⁹⁷¹ y *US vs. Guest*.⁹⁷² En la primera de ellas se reconoció la facultad del Congreso de prohibir manifestaciones de discriminación privada; en la segunda se refrendó la facultad del Congreso para tipificar actos discriminatorios.⁹⁷³

En 1965 el Congreso, en respuesta a la petición del presidente Lyndon B. Johnson, promulgó la Ley de Derechos Electorales (Voting Rights Act). Tres años después, en 1968, entró en vigor la Ley de la Vivienda o Fair Housing Act, que tipifica la discriminación en la venta o alquiler de vivienda (comúnmente denominada título VIII). En 1965 se dictó la sentencia *Jones vs. Alfred H. Mayer Co.*,⁹⁷⁴ que refuerza la potestad del Congreso en contra de la discriminación racial privada. El caso versa sobre la negativa de un particular a vender una casa a una persona sólo por motivos de la raza a la que pertenece.

Los ámbitos en los que las minorías están protegidas contra la discriminación, las normas donde se plasman esas protecciones y los órganos encargados de hacer efectivas las disposiciones legales pueden verse con más claridad en el siguiente cuadro:

das correctivas. La Comisión trabaja a raíz de denuncias presentadas por aquellos que se sienten lesionados, o por algún miembro de la Comisión que considere que existe una práctica ilícita. Para un estudio detallado de las funciones de la Comisión, véase Ruiz Cézár, Manuel, "El principio de igualdad de oportunidades en el empleo: la experiencia sobre igualdad en el ámbito laboral en los Estados Unidos", en varios autores, *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución Española*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, vol. II, pp. 1207-1237. Igualmente, Means, John E., "Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos", *cit.*, pp. 268-273.

⁹⁷⁰ Glendon, Mary Ann, "El lenguaje de los derechos", *cit.*, p. 84.

⁹⁷¹ 384 U. S. 641(1966).

⁹⁷² 383 U. S. 745(1966).

⁹⁷³ Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, *cit.*, p. 19.

⁹⁷⁴ 392 U. S. 409 (1968).

<i>Derecho protegido</i>	<i>Norma en que se regula</i>	<i>Órganos encargados</i>
Acceso a sitios públicos (libertad de tránsito)	Título II de la Ley de Derechos Civiles 1964	Departamento de Justicia
Igualdad de educación	Títulos IV y VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964	Departamento de Justicia, Educación
Empleo	Título VII de la Ley de Derechos Civiles 1964	Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo del Departamento de Justicia
Derechos electorales	Ley de Derechos Electorales de 1965	Departamento de Justicia
Equidad en la vivienda	Título VIII de la Ley de Vivienda de 1968	Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano
Crédito	Igualdad de Oportunidades de Crédito	Departamento de Justicia

El primer programa a gran escala fue anunciado el 27 de junio de 1969 por el presidente Richard Nixon, el llamado Plan Filadelfia que preveía una cuota mínima de negros en las empresas dedicadas a la construcción (ámbito dominado por blancos) que trabajaban para el gobierno en el estado de Pennsylvania. El gobierno exigía objetivos numéricos (*goals*), por lo que se exigió a los patrones proporcionar evidencia estadística del cumplimiento de dichos objetivos. El incumplimiento podía conducir a la pérdida de contratos federales y al pago de multas. Ése fue el elemento más polémico del plan. Sus críticos argüían que la Ley de Derechos Civiles prohibía el uso de criterios raciales en los procesos de contratación; sin embargo, como prueba Marcus, sin el estricto sistema de cuotas sencillamente no se terminaría con el ignominioso desequilibrio en las plantillas de trabajadores de las principales empresas del estado.⁹⁷⁵ Resultaba lógico que los primeros en rechazar el sistema de cuotas fueran los sindicatos.⁹⁷⁶

Sostenemos que la Constitución no sólo no prohíbe el sistema de cuotas, sino que las exige: el propósito del juicio de igualdad es conocer si alguna

⁹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 824 y ss.

⁹⁷⁶ La representación de las minorías en las principales empresas constructoras del estado era paupérrima. En los principales sindicatos del estado prácticamente no existían personas no blancas. En Electricians, por ejemplo, existía el 1.76% de trabajadores no blancos: este era el sindicato con mayor número de trabajadores miembros de minorías. En las demás empresas la situación era la siguiente: Iron Workers, 1.4%; Steamfitters 0.65%; Shettmetalworkers, 1%; Elevator Construction Workers, 0.54%; Plumbers & Pipefitters, 0.5%. Marcus, Paul, "The Philadelphia Plan and Strict Racial Quotas on Federal Contracts", *UCLA Law Review*, vol. 17, 1969-1970, p. 818, nota 9.

acción del gobierno ha privado a algún individuo de ese derecho. Para la Corte Suprema sí existe un propósito predominante para el gobierno, y si no existe un mecanismo menos oneroso para lograrlo no se viola ningún derecho fundamental.⁹⁷⁷ La Ley de Derechos Civiles tampoco prohíbe el uso de la raza, señala Marcus: “el aceptar a nuevos trabajadores no blancos no es discriminatorio. Se rechaza a un trabajador blanco no por un sentimiento perverso, se hace porque el empleador (o el gobierno) decide elegir trabajadores no blancos buscando una igualdad de oportunidades en el empleo”.⁹⁷⁸

Cambiar la situación de las minorías es un objetivo del Estado considerado apremiante *compelling interest*; eso por fortuna no se discute.⁹⁷⁹ Lo polémico son las herramientas de que el Estado pueda valerse para lograr paliar la inequidad de la sociedad. Que las clasificaciones normativas se ajusten a la consecución de aquel objetivo apremiante se le denomina *narrowly tailored*.

2. Las affirmative actions: sus precedentes constitucionales

En 1969, tras el retiro de Earl Warren, se presentan nuevos cambios en la Corte Suprema; el presidente Nixon nombra a Warren Burger como nuevo presidente de la Corte. Burger, republicano de 61 años, era hasta entonces juez de la Corte de Apelaciones en el distrito de Columbia.⁹⁸⁰

En contra de lo que se esperaba, Burger siguió por la senda de Warren en la defensa de los derechos civiles.⁹⁸¹ Se promovió la desegregación de

⁹⁷⁷ *Ibidem*, p. 830.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 828. Sobre el Plan Filadelfia véase también “The Philadelphia Plan: Remedial Racial Classification in Employment”, *The Georgetown Law Review*, vol. 58, 1969-1970, pp. 1118-1219.

⁹⁷⁹ El argumento más aceptado por la doctrina sostiene que la sensibilidad nacional hacia las clasificaciones raciales induce a creer que sólo deben ser usadas cuando representan un esfuerzo para remediar los efectos discriminaciones pasadas. *Ibidem*, p. 460. Sin embargo, como veremos más adelante, el argumento más sólido es aquel que se basa en la búsqueda del cambio de las situaciones actuales.

⁹⁸⁰ Burger era miembro de la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, a donde había llegado por designación del presidente Eisenhower en 1956. La idea que se tenía de Burger era de una persona “engreída y distante”, señala Patterson. Véase el capítulo titulado “The Burger Court Surprised”, en Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, cit., p. 147.

⁹⁸¹ En 1973 se falló la famosa sentencia *Roe vs. Waden* [410 U. S. 113 (1973)], que reconoce el derecho al aborto. Bajo la presidencia de la Corte de Burger —1969 a 1971—, se confirma el recurso de *busing* (*Swann vs. Charlotte Mecklenburg Bord of Education*) para conseguir la integración racial.

las escuelas. Los tribunales inferiores hicieron lo propio dictando 109 decisiones que obligaban a la integración de 89 distritos escolares del sur. Entre 1970 y 1971 otros tres nombramientos hechos por Nixon cambiaron la configuración de la Corte. En 1970 fue nombrado Harry A. Blackmun⁹⁸² y en 1971 se designó a Lewis Powell, abogado al que se le atribuían ideas conservadoras,⁹⁸³ y a William H. Rehnquist, crítico declarado de la Corte Warren.⁹⁸⁴

Pues bien, para 1971 los integrantes de la Corte Suprema eran: Potter Stewart, William Douglas, Warren Burger, William Brennan, Byron White, Lewis Powell, Thurgood Marshall, Harry Blackmun y William Rehnquist. Ésa era la composición de la Corte en la sentencia *Swann vs. Charlotte-Mecklenberg*,⁹⁸⁵ sentencia que por su trascendencia merece ser analizada. El asunto tiene su origen en la demanda de la familia Swann en contra del sistema escolar de la ciudad de Charlotte. Aunque el sistema escolar había sido formalmente declarado desagregado, presentaba una segregación *de facto*.

El juez Burger consideró que las autoridades están facultadas para tomar medidas que preparen a los estudiantes para vivir en una sociedad pluralista, por lo que las juntas escolares podían tomar las medidas necesarias con el fin de que las escuelas reflejen la misma proporción racial que presenta el distrito en el que se ubica. La sentencia respalda la práctica del “transporte en autobús” o *busing* como sistema para conseguir la integración racial, que consistía en el transporte gratuito de los niños negros a las escuelas situadas en barrios de población predominantemente blanca.

Para no tener que cumplir esta sentencia muchas familias blancas se mudaron de la ciudad a las zonas periféricas de la ciudad, por lo que los

⁹⁸² Para sorpresa de todos, señala Neuborne, el magistrado Blackmun se convirtió en uno de los más acérrimos defensores del legado de Warren. *Ibidem*, p. 145. Para Patterson, Blackmun era un moderado. Tal vez por eso fue ratificado por el Congreso por unanimidad. Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, *cit.*, p. 149.

⁹⁸³ No obstante, el juez Powell respaldó la utilización cautelosa de las *affirmative actions* e insistió en el “escrupuloso respeto del proceso justo y debido” (*procedural fairness*). Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, *cit.*, p. 145.

⁹⁸⁴ Rehnquist, como letrado (*law clerk*) del magistrado Robert Jackson, en 1952, elaboró un escrito a favor de la doctrina de separados, pero iguales. Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, *cit.*, p. 150.

⁹⁸⁵ 402 U. S. (1971). Véase Montgomery, J. W. III, “*Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education: Roadblocks to the Implementation of Brown*”, *cit.*, y Patterson, James, *Brown v. Board of Education...*, *cit.*, pp. 155 y ss.

niños no tuvieron que ingresar a escuelas desagregadas: cinco años después de la sentencia *Swann* 10,000 niños blancos de Charlotte-Mecklenburg asistían a escuelas privadas a las afueras de la ciudad. Como consecuencia de esto, algunas organizaciones civiles sugirieron que el sistema de transporte escolar llegara también a aquellas zonas de la periferia.⁹⁸⁶

En 1971 la Corte conoció la causa *Griggs vs. Duke Power Co.*⁹⁸⁷ La empresa demandada, Duke Power Company —central térmica de Carolina del Norte—, sólo empleaba a personas de raza negra en uno de los departamentos de la empresa, en el cual los salarios eran sensiblemente menores. Después de que la Ley de Derechos Civiles prohibió las prácticas discriminatorias, la empresa introdujo criterios supuestamente neutrales para otorgar empleos: la realización de un examen de aptitudes o la posesión de un diploma de estudios. Lo anterior provocaba que los negros, con un nivel de educación inferior al de la población blanca, se vieran segregados en los puestos de trabajo.⁹⁸⁸ La Corte estableció que había indicios para creer que existían políticas discriminatorias en la empresa, pues el porcentaje de negros que vivían en el área geográfica donde se ubicaba la empresa era muy superior al porcentaje de negros que ocupaban los puestos medios y altos de la compañía Duke Power. Los criterios

⁹⁸⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, 2003, p. 234, y Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavalía, 1988, p. 95.

⁹⁸⁷ 401 U. S. 424 (1971). Véase Bernhardt, Herbert N., “*Giggs vs. Duke Powers Co.*: The Implications for Private and Public Employers”, *Texas Law Review*, vol. 50, 1971-1972, pp. 901-929. Se pueden encontrar breves referencias de esta sentencia en: Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 162, González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 320-325. De forma similar a la sentencia *Griggs*, en *McDouglas vs. Green* (1973), la Corte sostuvo una posición comprensiva a la hora de valorar las pruebas indirectas o circunstanciales de parcialidad en el empleo. En la sentencia *Alexander vs. Gardner* (1978) la Corte reconoció a los demandantes que planteaban acciones con base en el título VII, el derecho a una nueva audiencia (*de novo hearing*) ante una corte federal, tras la negación de sus peticiones por parte de un árbitro sindical. Véase Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, *cit.*, p. 130.

⁹⁸⁸ La Corte Suprema interpreta que el título VII de la Ley de Derechos Civiles busca una igualdad de oportunidades en el empleo, así como remover las barreras que han operado en el pasado a favor de un grupo bien definido de empleados blancos y en contra de los demás empleados: “achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past to favor an identifiable group of white employees over other employees”. 401 U. S. 429-430 (1971).

establecidos por la empresa obstaculizaban el ingreso de las personas pertenecientes a ese grupo racial.

Según la sentencia *Griggs*, si se comprueba el impacto desproporcionado que una medida empresarial tiene sobre un colectivo tradicionalmente discriminado corresponderá al empleador justificar la medida apelando a necesidades empresariales, y en caso de no probar la necesidad de la utilización de dicha medida sería responsable de su conducta frente a los perjudicados.⁹⁸⁹ En definitiva, la sentencia *Griggs* prohíbe no sólo las discriminaciones abiertas, sino también las prácticas formalmente justas, pero discriminatorias cuando éstas son puestas en práctica. Se busca, también, que las empresas pusieran en marcha, por iniciativa propia, planes de *affirmative actions* que corrigieran el impacto desproporcionado.

En realidad, la Ley de Derechos Civiles es ambigua respecto a cómo debe entenderse la discriminación, sólo habla de discriminación intencional, estructural o sistemática. La ley no se ocupa de la discriminación no intencionada. Probablemente, señala Nuria González, esto se debió a que en 1964 todo el mundo asumió que la discriminación era intencional.⁹⁹⁰

En 1972 la Ley de Derechos Civiles fue enmendada por la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo. De nuevo los esfuerzos se centraron en buscar igualdad de oportunidades en el empleo para las minorías y para las mujeres.⁹⁹¹ En 1978 se promulgó la Ley contra la Discriminación de la Mujer Embarazada (Equal Employment Opportunity Act).⁹⁹²

Durante la década de los setenta se empezaron a usar numerosos planes que contenían *affirmative actions* fundamentadas en el Decreto presidencial 11246. En estas normas se pueden observar dos tipos de actuaciones normativas. Por una parte, tendríamos las encaminadas a detectar o identificar los actos discriminatorios y, por otra, las dirigidas a eliminarlos, labor que estaría a cargo de los tribunales, en especial de la Corte Suprema.⁹⁹³

⁹⁸⁹ González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", *cit.*, p. 325.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, p. 263.

⁹⁹¹ Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, *cit.*, p. 36, nota 28.

⁹⁹² Existen además leyes antidiscriminatorias sobre otros rubros, como la de Recuperación de Minusválidos o Rehabilitation Act y la Ley contra la Discriminación por Razón de la Edad o Age Discrimination.

⁹⁹³ Unzueta Barrère, María Ángeles, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", *cit.*, p. 149.

Según las interpretaciones de la Corte, existen dos modelos de discriminación acerca de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Uno de ellos es el que se ha denominado *disparate treatment*, que requiere la demostración de una discriminación intencional donde se trata diferente y desfavorable a determinados colectivos. Lo que se tendría que probar es que la discriminación de un determinado colectivo es real, y que el motivo de la diferenciación en el tratamiento es causar un perjuicio a las minorías discriminadas.⁹⁹⁴

Los tribunales han creado una definición algo “simplista” de lo que debemos entender por intención de discriminar: un empleador tendrá intenciones de discriminar sólo si sus actos son conscientes. Pero si los actos humanos están normalmente motivados por el inconsciente,⁹⁹⁵ ¿cómo entonces pretenden los jueces encontrar la intención de discriminar?⁹⁹⁶

En ocasiones las diferencias de trato no son evidentes; no obstante, discriminan de hecho. A esto se le ha denominado *disparate impact*. Las políticas son neutrales, pero provocan un impacto desfavorable en contra de una minoría, efecto que no se produce en el resto del grupo (de ahí que se denomine *disparate* o *dispar*).⁹⁹⁷ Las *disparate impact* son difíci-

⁹⁹⁴ Según la Legal Aid Society-Employment Law Center, el tratamiento desigual puede ocurrir cuando un empleador intencionalmente da un tratamiento injusto a un empleado. Por ejemplo, una víctima de “tratamiento desigual” puede ser alguien: a) a quien se le haya negado una posición o promoción por su raza, b) sea despedido porque el empleador prohíbe que los empleados hablen cualquier idioma que no sea inglés durante la jornada de trabajo, o c) porque el empleado se sienta inseguro o humillado por comentarios repetidos hechos por un supervisor o compañero de trabajo referente a las mujeres o la raza. Cfr. “Discriminación en el empleo protecciones contra discriminación y acoso”. En línea: <http://www.las-elc.org/xcoverviews.pdf>, se accedió a la página el 15 de noviembre de 2005.

⁹⁹⁵ Duckitt, John, “Psychology and Prejudice: A Historical Analysis and Integrative Framework”, *American Psychology*, vol. 47, 1992, pp. 1182-1193.

⁹⁹⁶ Sobre el tema del *disparate treatment* y *disparate impact* véase Bengoechea Gil, María Ángeles, “Igualdad, diferencia y prohibición de discriminación. Fundamento y justificación de tratamientos diferenciados”, en Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2002, pp. 393-400; Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, cit., pp. 37-43; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 36.

⁹⁹⁷ Mcginley, Ann C., “¡Viva la evolución!: Recognising Unconscious Motive in Title VII”, *Cornell Journal Law and Public Policy*, vol. 9, 1999-2000, p. 416, nota 1. Según la Legal Aid Society-Employment Law Center, el concepto de impacto desigual se actualiza cuando un empleador tiene una regla o práctica que tienen el efecto de discriminar, la cual no está relacionada con un requisito del trabajo. Este tipo de discriminación no tiene que

les de demostrar; el juez tendrá que centrarse en las consecuencias que sufre el sujeto discriminado. El empresario deberá demostrar que no ha discriminado; es decir, la carga de la prueba se invierte, pues existe la presunción de que se ha incumplido lo dispuesto por la ley.⁹⁹⁸ Probar la intención se convierte así en un acto indispensable para demostrar la ilegalidad o inconstitucionalidad que se alegue.⁹⁹⁹

En ocasiones, sin embargo, aunque se deben probar los efectos del acto discriminatorio, esto no será suficiente: será sólo un indicio que ayudará a probar la intención discriminadora. Si se demostrara una discriminación en contra de una determinada minoría, los jueces podrán establecer en la condena la utilización de estándares especiales que deberán ser usados en el acceso o promoción en el empleo. Esta doctrina tiene sus antecedentes en la sentencia *Griggs vs. Duke Power Company*.¹⁰⁰⁰

En 1975 el presidente Gerald Ford nombró a John Paul Stevens miembro de la Corte Suprema para reemplazar al magistrado Douglas. Esto no parece modificar el equilibrio de la Corte.¹⁰⁰¹ Ese mismo año la Corte falló la sentencia *Albemarle Paper Co. vs. Moody*,¹⁰⁰² en la que resolvió que el empleado, en calidad de demandante, debía probar la existencia de una práctica empresarial de selección de personal con impacto desproporcio-

ser intencional para ser ilegal. Ejemplos de tales reglas o prácticas incluyen imponer el requisito de poder levantar cosas pesadas para un trabajo que no requiere efectivamente esa condición; tales requisitos sirven para excluir a mujeres o gente con ciertas incapacidades. Cfr. "Discriminación en el empleo. Protecciones contra discriminación y acoso". En línea: <http://www.las-elc.org/xcoverviews.pdf>, se accedió a la página el 15 de noviembre de 2005.

⁹⁹⁸ Esto último se vio matizado por la sentencia *Words Cove Co. Inc. V. Antonio* 87 U.S. 1387 (1989), que establece que para demostrar un desequilibrio estadístico se deberá comparar el número de trabajadores miembros de algún grupo dentro de la empresa con el número de trabajadores cualificados en el mercado laboral. Además, el demandante deberá identificar en qué consiste la supuesta práctica discriminatoria del empleador (políticas de ingreso o de promoción que estén encaminadas a discriminar).

⁹⁹⁹ Durán y Lalaguna, Paloma, "Una aproximación comparada a las acciones positivas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 34, 2000, p. 292; Rutherglen, George, "Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination", vol. 73, 1987, pp. 1297-1345.

¹⁰⁰⁰ 401 U. S. 424 (1971).

¹⁰⁰¹ Los jueces Brennan, Marshall, Blackmun y Stevens formaban un bloque partidario de la defensa de la igualdad. Los jueces Stewart, Powell y White formaban un grupo intermedio comprensivo o favorable que podía dejar en minoría al juez Renhquist y al presidente Burger. Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, cit., p. 145.

¹⁰⁰² 442 U. S.405 (1975). Sobre esta sentencia véase Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos", cit., p. 163.

nado sobre un determinado colectivo. El empleador puede alegar a su favor la existencia de una necesidad empresarial para justificar su conducta. No obstante, al empleado aún le quedará la posibilidad de demostrar que había otras prácticas empresariales capaces de satisfacer la necesidad empresarial sin producir el efecto racial desproporcionado que se denunciaba.

La Corte distingue entre criterios “objetivos” y “subjetivos” de selección: los criterios objetivos incluyen, típicamente, exámenes, requisitos de estudios, experiencia laboral o posesión de licencias determinadas; los criterios son neutrales, se aplican mecánicamente y sin excepciones a todos los aspirantes y dejan un reducido espacio a la discrecionalidad. En contraste, los criterios subjetivos permiten un uso amplio de discrecionalidad y no se identifican estándares externos sobre los que se pueda medir la idoneidad de la selección. Consecuentemente, la utilización de estos criterios se caracteriza por una falta de uniformidad.¹⁰⁰³

En las sentencias *Albemarle Paper Co. vs. Moody*, *Franks vs. Bowman Transportation Co.*,¹⁰⁰⁴ y *Teamsters vs. United States*¹⁰⁰⁵ de 1977, se interpretó el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en relación con soluciones o compensaciones, permitiendo que los tribunales de primera instancia establecieran una “compensación de recuperación” para las víctimas de la discriminación.¹⁰⁰⁶

La doctrina contenida en *Griggs* cambia con la sentencia *Washington vs. Davis*,¹⁰⁰⁷ al considerarse que la intención de discriminar debe probarse. La Corte Suprema juzga la constitucionalidad de las pruebas de ingreso usado por la policía del distrito de Columbia, Washington, dejando claro que la intención de discriminar es determinante para establecer su constitucionalidad. Declara, por siete votos contra dos, que la discriminación sólo es inconstitucional si los poderes públicos tienen efectivamente la intención de discriminar, independientemente del impacto negativo desproporcionado

¹⁰⁰³ *Albemarle*, 422 U. S. 405 (1975). Véase Alessandra, Anita M., “Comments. When Doctrines Collide: Disparate Treatment Disparate Impact, and *Watson vs. Fort Worth Bank & Trust*”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, 1988-1989, pp. 1755-1790. Para la autora, los tribunales deben ser menos estrictos con las pruebas que el demandante aporte para demostrar discriminación de parte del empleador y estar más atentos ante las prácticas sutiles que se utilizan a la hora de discriminar.

¹⁰⁰⁴ 424 U. S. 747 (1976).

¹⁰⁰⁵ 431 U. S. 324 (1977).

¹⁰⁰⁶ El criterio se vio matizado con la sentencia *United States vs. Evans*.

¹⁰⁰⁷ 426 U. S. 229 (1976).

que una determinada política pueda tener en un colectivo tradicionalmente marginado.

La sentencia señala que las decisiones anteriores de la Corte no habían abrazado consideración alguna que señalara que la ley u otro acto jurídico del gobierno debieran ser consideradas inconstitucionales solamente porque tienen un impacto racial desproporcionado:

Hace casi 100 años, en la sentencia *Strauder vs. West Virginia* 100 U. S. 303 (1880) se estableció que la exclusión de negros de los jurados en los procedimientos criminales violaba la cláusula de igual protección; sin embargo, el solo hecho de que en un jurado en particular o una serie de jurados no se refleje la proporción estadística de la composición racial de la comunidad en sí mismo no prueba una discriminación prohibida por dicha cláusula.

Para la Corte, el propósito de discriminar debe ser probado, por ejemplo, por la exclusión sistemática de miembros elegibles del jurado de la raza excluida. La sentencia *Washington vs. Davis*¹⁰⁰⁸ se refiere al ámbito de los empleos públicos, es decir, la Corte Suprema analizará el cumplimiento por parte del Estado, en su calidad de empleador, del título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, pero siempre a la luz de la enmienda XIV. Por lo que uno de los efectos de la sentencia es que equipara los derechos de los empleados públicos a los derechos otorgados a los empleados de empresas privadas.¹⁰⁰⁹

En 1989, en el asunto *Wards Cove Parking Co. Inc. vs. Antonio*,¹⁰¹⁰ los demandantes alegaron que la baja proporción de miembros de la minoría

¹⁰⁰⁸ A partir de esta sentencia la Corte Suprema empezó a exigir como prueba de la existencia de una discriminación la propia intención de discriminar. La doctrina se mantuvo en *Arlington Heights vs. Metropolitan Housing Corporation* 429 U. S. 252, (1977), *Personal administrator vs. Feeney*, 442 U. S. 256 (1979), y *City of Memphis vs. Greene*, 49 USLW 4389 (1981). La intención de discriminar la encontramos en los procesos mentales del legislador. La teoría de que lo importante son los propósitos o *motives* y no el efecto discriminatorio ha sido seriamente criticada.

¹⁰⁰⁹ Antes de esta sentencia los tribunales inferiores admitían como medios probatorios de la discriminación racial en el empleo las estadísticas presentadas por el demandante, pero la manera de interpretar éstas variaba según el tribunal. Algunos simplemente comparaban el porcentaje de negros en la comunidad con el de la empresa; otras veces se comparaba el porcentaje de negros que ingresaban a instituciones policíacas que no utilizaban las mismas pruebas de ingreso. En *Davis* se deja claro que hace falta probar no sólo que existe una desproporción racial en el empleo, sino que ésta se debe a una intención discriminatoria. Lambert, Catherine, "Discriminatory Purpose: What it Means Under the Equal Protection Clause-Washington vs. Davis", *DePaul Law Review*, vol. 26, 1976-1977, pp. 650-665.

¹⁰¹⁰ 490 U. S. 644, (1989).

que desempeñaban trabajos no cualificados en la empresa demandada era prueba suficiente para fundamentar una acusación contra la compañía por discriminación. La Corte Suprema consideró que era necesario comparar la proporción de trabajadores de esa minoría en la empresa y la proporción de trabajadores de esa minoría que en el mercado de trabajo estuvieran capacitados para desempeñar el empleo.

Asimismo, se establece que será la persona que se sienta discriminada la que tendrá que probar que práctica concreta realizada por el empleador provoca efectos discriminatorios. Al patrón sólo se le pedirá alguna evidencia de que la práctica en cuestión servía de forma significativa a sus legítimos objetivos empresariales. Por otra parte, si los demandantes son capaces de demostrar una alternativa menos perjudicial, el empresario podrá eximirse de responsabilidad comprometiéndose a adoptar dicha medida a partir de ese momento.

3. *El juez debe atender a los efectos reales del acto impugnado*

Los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact* se han equiparado a los de discriminación directa e indirecta, respectivamente, términos usados en la doctrina europea. La discriminación directa se usa en Europa para referirse a la discriminación relacionada con una práctica discriminatoria, a través de la cual se trata de forma desfavorable a determinados colectivos. En este tipo de discriminación, el sexo, por ejemplo, es el real o más decisivo motivo para la diferenciación en el trato; diferencias de trato que, en ocasiones, no resultan evidentes de la simple lectura de la norma; sin embargo, la intención es de hecho discriminar.

En la discriminación indirecta, llamada también oculta o encubierta, no se busca la discriminación, por lo menos aparentemente; sin embargo, los efectos reales serán perjudiciales: la discriminación queda en evidencia en los resultados.¹⁰¹¹

¹⁰¹¹ Elvira Perales, Ascensión, "A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a igualdade entre homens e mulheres", *Revista Trabalhista*, vol. 5, pp. 46-54. Ascensión Elvira señala como ejemplos de discriminación indirecta el caso Krüger, decidido el 9 de septiembre de 1999, C- 281/97. En este asunto la discriminación consistía en la no percepción de una prima salarial fijada en convenio para quienes trabajaran menos de quince horas, cuando tal medida afectara a mucho mayor número de mujeres. Otras sentencias citadas son: la sentencia Seymour-Smith y Pérez, del 9 de febrero de 1999, C-167/1997, la discriminación, determina el TJCE, se producía como conse-

Estamos convencidos de que en realidad poco importa si la intención real de la norma o práctica discriminatoria era la de provocar perjuicios. Existirá un impacto desigual cuando una disposición o práctica perjudica a una proporción sustancialmente mayor de los miembros de un grupo: la intención del empleador es intrascendente; sólo debe demostrarse que existe un perjuicio a un grupo determinado.

4. *Las affirmative actions y su problema de justicia*

Las desigualdades legislativas estarán sujetas al juicio de razonabilidad que deberá emplear el juez constitucional. La lógica de estos juicios sería: si dos cosas son diferentes pueden ser tratadas de forma diferente. La paridad de trato opera como instrumento de protección del grupo desfavorecido y de quienes pertenecen al mismo; sin embargo, la existencia de situaciones dispares en el punto de partida justifica las medidas correctivas dentro de la norma.

Hemos señalado que el juez se encargará de determinar si los fines de la norma son constitucionales, y si los mecanismos diseñados por el legislador (incluyendo la propia clasificación legal) son los idóneos para conseguir dichos fines. Sabemos que el juez, en aquellos casos difíciles, tendrá que ponderar si el perjuicio o menoscabo que causa dicha norma en determinadas personas particulares es o no más importante que la realización del propósito de la ley.

Aunque en ocasiones distinguir una norma con efectos gravosos sobre un grupo desfavorecido parece sencillo, pues se pueden observar los

cuencia de despidos que perjudicaban a quienes hubieran estado empleados menos de dos años, que afectaba desigualmente. En la sentencia del 10 de febrero de 2000, C-50/1996, se establece que la exclusión de los trabajadores (la mayoría mujeres) a tiempo parcial de un plan de pensiones se considera contraria al artículo 119 del Tratado de las Comunidades Europeas. Véase también Durán y Laguna, Paloma, "Una aproximación comparada a las *affirmative actions*", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, pp. 291 y ss.; Sande Pérez-Bedmar, María de, "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el primer semestre de 2000", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, pp. 170-173. María Ángeles Bengoechea señala que la discriminación oculta no es lo mismo que discriminación indirecta: en ocasiones las discriminaciones ocultas se han confundido con las discriminaciones indirectas. Esto sucedió en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase sentencia *Gabrielle Defrenne/SABENA*, 22 de abril de 1979, asunto C-43/75, Rec. 1976, p. 455. Bengoechea Gil, María Ángeles, "Igualdad, diferencia...", *cit.*, p. 394, nota 33.

efectos inmediatos que ésta acarrea.¹⁰¹² En otras ocasiones, sin embargo, reconocer los posibles efectos perjudiciales es una tarea complicada, pues la intención del legislador es precisamente la contraria a sus efectos reales.¹⁰¹³

Esto se debe, en parte, a que las normas que buscan la segregación de una minoría han dejado de utilizar el lenguaje que evidenciaba la intención de segregar, por lo que la real intención del legislador resulta huidiza. La intención, además, puede parecer intrascendente, pues si la norma no produce efectos reales de discriminación, y no parece que en el futuro los produzca, poco importara ésta en el momento de determinar su constitucionalidad. A su vez, si la intención de la norma no es la de discriminar, pero como consecuencia de la norma se segrega, estratifican o desfavorecen a cierto grupo, debería ser, por cualquiera de esos hechos, inconstitucional.

Un claro ejemplo de lo anterior son las discusiones sobre las *affirmative actions* en los Estados Unidos, pues tanto defensores de las medidas como los detractores usan el mismo discurso para defender sus posiciones,¹⁰¹⁴ de ahí que consideramos que el juez debería detenerse a analizar

¹⁰¹² Sería difícil pensar que una norma que prohibiera a las mujeres formar parte de un jurado fuera considerada constitucional. En Estados Unidos lo anterior no parecía tan claro en 1961 cuando la Corte Suprema dictó por unanimidad la sentencia *Hoyt vs. Florida*, en la que consideró, bajo un escrutinio de simple racionalidad, que la norma era constitucional, pues la exclusión de las mujeres estaba justificada por el interés de conservar un “apropiado papel de la mujer en la sociedad”. *Hoyt vs. Florida* 368 U. S. 57, 61-62, (1961). Repárese en la proximidad de la fecha de la sentencia.

¹⁰¹³ En España, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 229/1992, al enfrentarse con la prohibición del trabajo de las mujeres al interior de las minas, reitera la constitucionalidad de las medidas dirigidas a asegurar la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Desde esta perspectiva, el Tribunal analiza críticamente el mantenimiento de la prohibición de aquel trabajo para la mujer, pues aunque su finalidad histórica hubiese sido evitar la sobreexplotación de la mano de obra femenina, en la actualidad responde a una división sexista del trabajo, y refrenda un reparto tradicional de funciones sociales que margina a la mujer, e implica una percepción defectuosa y errónea de la igualdad. La sentencia establece una diferencia rigurosa entre las intervenciones liberadoras y las paternalistas que podrían mantener las diferencias que la sociedad ya no tolera. Se trata de lo que se ha denominado “test de medidas paternalistas/compensadoras” que permite diferenciar entre las medidas falsamente protectoras, de las legítimas medidas de acción positiva para el momento de igualdad de las mujeres. Véase Rodríguez Piñeiro y Bravo Ferrer, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *cit.*, p. 73.

¹⁰¹⁴ Los argumentos en pro y en contra de la proposición 209 en el Estado de California son un buen ejemplo de esto. La proposición 209 establece la eliminación de las *affirmative actions* en aquel estado: “El Estado y sus subdivisiones no discriminarán o darán tra-

los posibles efectos en la norma, y no quedar determinado por las clasificaciones supuestamente discriminatorias: debe ayudarse de otros indicios para conocer los efectos reales de la norma.

El tratamiento de la discriminación en el empleo incorpora una problemática peculiar, pues el juez tratará de reconocer prácticas o actos, en muchas ocasiones privados, como decisiones empresariales que discriminan, y no normas legislativas que contengan diferenciaciones arbitrarias. En ocasiones, las prácticas o actos están relacionados con prejuicios o estereotipos que se viven en la sociedad. La intención de éstas será precisamente negar el ingreso o promoción en el empleo de alguna minoría. Negar el ingreso de las mujeres a trabajos que se consideran peligrosos, es un buen ejemplo de lo anterior. En otras ocasiones, en cambio, las diferencias de trato parecen ampararse en criterios neutrales,¹⁰¹⁵ sin embargo, los efectos son discriminatorios.

Sostenemos que la intención es un elemento que poco importa para determinar si estos actos son contrarios al principio de igualdad. Lo que debe ser considerado fundamental para declarar la constitucionalidad de estos actos debe ser el análisis de los efectos de la norma. En caso de ser perjudiciales para un grupo específico, la norma deberá ser considerada nula. Por lo tanto, no nos encontramos ante un juicio de razonabilidad de

tamiento preferente a ningún individuo o grupo basándose en la raza, sexo, color u origen nacional en el empleo, la educación o las contrataciones públicas". Tanto los defensores de las *affirmative actions* como sus detractores usan el mismo discurso antirracista. De hecho, los críticos no sólo han copiado la semántica antidiscriminatoria, sino que acusan a los liberales de defender el *statu quo*, de atrincherarse en las preferencias raciales. En 1996, los ciudadanos del estado de California aprobaron la propuesta; la propuesta es estudiada por un juez federal en San Francisco, quien ordenó la suspensión de su aplicación. Poco tiempo después la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito levantó la suspensión. Finalmente, la Corte Suprema, en noviembre de 1997, decidió no oír la impugnación. Propuesta que está ahora vigente. Véase *The Coalition for Economic Equality vs. Wilson*, 122 F.3d 692 (Noveno Circuito 1997), *cert. denied*, 118 S.Ct. 397 (1997). Sobre esto véase "The Constitutionality of proposition 209 as applied", *Harvard Law Review*, vol. 111, 1997-1998, pp. 2081-2098, y Kidder, Linda K., "Constitutional Law –Equal Protection– Amendment to State Constitution Prohibiting Court-Ordered Busing except to Remedy Violations of the Fourteenth Amendment is Constitutional, Despite its Disproportionate Impact on Minorities. Crawford vs. Board of Education, 102 S. Ct. 3211 (1982)", *Journal of Urban Law*, vol. 60, 1982-1983, pp. 311-323.

¹⁰¹⁵ Si una empresa exige la superación de un examen de conocimientos a sabiendas de que la minoría racial que trata de segregar no cuenta con la educación suficiente para superarlos sería un fuerte indicio de discriminación, como se planteara en *Albemarle Paper Co. vs. Moody*.

las medidas diferenciadoras, sino más bien ante una verdadera prohibición de la estratificación social.¹⁰¹⁶

Creemos que el juez constitucional debe proteger a las minorías de una real amenaza a los derechos; amenaza que se traduzca en marginación, segregación o cualquier situación de desventaja grupal. Las normas que parezcan discriminar a alguna raza minoritaria o a las mujeres deberían ser juzgadas de acuerdo con el impacto que pueden tener en el futuro.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS REFERENTE A LAS *AFFIRMATIVE ACTIONS*

Es verdad que en una sociedad perfecta la raza jamás debe tomarse en cuenta como criterio de distribución. No obstante, la realidad de los Estados Unidos se encuentra muy lejos de configurar esta sociedad ideal. La sociedad estadounidense está dividida en clases sociales y, tristemente, aquellos estratos de la sociedad más desfavorecidos se integran por miembros de minorías raciales, de ahí que las *affirmative actions* sean herramientas legítimas de las que se puede valer el Estado en la búsqueda de una igualdad sustantiva.

Analizaremos quince sentencias referentes a las *affirmative actions*¹⁰¹⁷ falladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Aunque estudiaremos las sentencias por orden cronológico, conviene hacer

¹⁰¹⁶ En España, por ejemplo, se ha reconocido que la existencia histórica de una discriminación social justifica las medidas que el Estado tome para contrarrestarla. La voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que en la vida social y jurídica se colocó a la población femenina se ha traducido en dificultades en el acceso y promoción en el empleo. La justificación de este enfoque deriva de la conexión con el objetivo de los artículos 14 y 9.2, de la Constitución Española, de remover y suprimir situaciones discriminatorias.

¹⁰¹⁷ 1. *DeFunis vs. Odegaard* 416 U. S. 312 (1974). 2. *University of California vs. Bakke*, 438 U. S. 912 (1978). 3. *United Steel Workers of America, AFL-CIO vs. Weber*, 444 U. S. 889 (1979). 4. *Fullilove vs. Klutznick* 448 U. S. 448 (1980). 5. *Firefighters vs. Stotts*, 483 (1984). 6. *Local 93, International Association Firefighters vs. Cleveland*. 7. *Sheet Metal Workers' International Association vs. EEOC*, 478 U. S. 421 (1986). 8. *Wygant vs. Jackson Board of Education* 476 U. S. (1986). 9. *Johnson vs. Transportation Agency, Santa Clara County, California*, 480 U. S. 616 (1987). 10. *United States vs. Paradise* 107 S. Ct. 1442 (1987). 11. *City of Richmond vs. J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469 (1989). 12. *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC* 497 U. S. 547,564-65 (1990). 13. *Adarand Constructors, Inc. vs. Pena*, 513 U. S. 1012 (1995). 14. *Grutter vs. Bollinger*, 539 U. S.(2003). 15. *Gratz vs. Bollinger*, 539 U. S. (2003).

notar que las *affirmative actions* analizadas por la Corte Suprema son de diferente índole, a saber:

- 1) Las sentencias que resuelven planes diseñados para favorecer a los miembros de minorías en determinadas categorías de empleos, donde existe una subrepresentación ocasionada por una discriminación previa. Estas sentencias se pueden dividir a su vez en: *a)* aquellas que resuelven sobre la constitucionalidad de las *affirmative actions* privadas y voluntarias en el ámbito del empleo, y *b)* sentencias que resuelven *affirmative actions* impuestas por un tribunal como consecuencia de una probada subrepresentación de una determinada minoría en una categoría específica de trabajo. Las sentencias que conciernen al ámbito del empleo son: *Steelworkers of America vs. Weber*, *Firefighters vs. Stotts*, *Fire-fighters vs. Cleveland*, *Sheet Metal Workers vs. EEOC*, *Wygant vs. Jackson Board of Education*, *United States vs. Paradise*, *County Johnson vs. Transportation Agency*, *Santa Clara County*.
- 2) Las sentencias que resuelven sobre *affirmative actions* diseñadas para favorecer a empresas cuyos propietarios son miembros de determinadas minorías. En esta categoría encontramos: *Fullilove vs. Klutznick*, *Richmond vs. J. A. Croson Corporation*, *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC*, y *Adarand Constructors, Inc. vs. Pena*.
- 3) Sentencias que fallan sobre la constitucionalidad de los planes diseñados para favorecer el ingreso de miembros de minorías raciales a las universidades públicas. Esta clasificación se integra de las siguientes sentencias: *DeFunis vs. Odegaard*, *University of California vs. Bakke*, *Grutter vs. Bollinger* y *Gratz vs. Bollinger*.

Cabe hacer mención que las *affirmative actions* declaradas por la Corte Suprema como constitucionales han sido declaradas así en razón de que su objetivo se consideró de interés apremiante (*compelling interest*), y los medios para conseguirlo fueron calificados como idóneos (*narrowly tailored*).

La clasificación anterior, que como ya mencionamos obedece al ámbito en el que fueron diseñados los planes de *affirmative actions*, nos puede servir para entender los argumentos que se usaron para defender cada uno de ellos. En el terreno de la educación, por ejemplo, sólo la diversi-

dad racial es considerada como de interés apremiante. La diversidad es igualmente valorada en el ámbito de la comunicación, como se señaló en la sentencia *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC*.¹⁰¹⁸

En otras ocasiones, no es la diversidad lo que considera la Corte como de interés apremiante, sino la obligación de ciertas empresas públicas o privadas de reparar el daño causado por políticas discriminatorias vigentes en el pasado. De ahí que la demostración de tal discriminación se presenta como indispensable.¹⁰¹⁹

Aunque la constitucionalidad de cada plan de *affirmative action* parece estar condicionada por el ámbito concreto en el que se desarrolle, preferimos estudiar las sentencias según el orden cronológico de éstas, pues la Corte Suprema ha construido la doctrina actual interpretando sus propios precedentes. En los párrafos siguientes analizaremos una serie de sentencias que resuelven sobre la constitucionalidad de diferentes planes de *affirmative actions*.

1. La sentencia *DeFunis vs. Odegaard*

El primer asunto que se le presentó a la Corte fue *DeFunis vs. Odegaard*.¹⁰²⁰ Comenzaremos señalando el contexto en el que se desarrolló. En la década de los setenta las universidades públicas implantaron programas para facilitar el ingreso a sus programas de estudio a ciertos candidatos desfavorecidos. En 1971 un candidato blanco,¹⁰²¹ Marco DeFunis, fue rechazado por la Universidad de Washington como consecuencia de un plan que favorecía a miembros de minorías (las políticas de admisión con-

¹⁰¹⁸ 497 U. S. 547,564-65 (1990).

¹⁰¹⁹ Estudios de las sentencias sobre las *affirmative actions*: Sullivan, Kathleen M., "Comment. Sins of Discrimination: Last Term's Affirmative Action Cases", *Harvard Law Review*, vol. 78, 1986, pp. 78-98.

¹⁰²⁰ 416 U. S. 312 (1974).

¹⁰²¹ 416 U. S. 312 (1974). Sobre el asunto *DeFunis*, véase en castellano: Hodges-Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 327-348; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las acciones positivas", en Carbonell, Miguel (comp.), cit., p. 269, y Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, cit., 263 y 264. Existen referencias a esta sentencia en Hodges-Aeberhard, Jane, "La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, 1999, p. 279; Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., pp. 278-280; Posner, Richard A., "The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities", *The Supreme Court Review*, 1974, pp. 1-32.

templaban la reserva del 20% de las plazas para ser ocupadas por los solicitantes negros, latinoamericanos, indios americanos o filipinos).¹⁰²²

El abogado de DeFunis, Joseph Diamond, tras intentar disuadir sin éxito, a la comisión de matrículas de la Universidad presentó un recurso ante los tribunales del estado. El juez Lloyd Shorett falló a favor de DeFunis ordenando a la universidad la admisión del demandante. La Universidad decide recurrir la sentencia ante la Corte Suprema del estado de Washington. En 1973, el máximo tribunal de aquel estado anuló la sentencia del *a quo*, declarando que la sentencia *Brown* sólo prohibía las clasificaciones raciales que tenía como efecto el estigma o marca de una inferioridad.

El asunto se llevó a la Corte Suprema en el caso *DeFunis vs. Odegaard*.¹⁰²³ Uno de los argumentos esgrimidos por la Universidad señalaba:

...el acceso a la profesión de abogado de ciertos grupos étnicos de nuestra sociedad ha sido históricamente restringido... [esto] puede afectar la calidad de los servicios legales disponibles para los miembros de esas minorías, como también para limitar las oportunidades de participar en el gobierno de nuestras comunidades.¹⁰²⁴

En espera de una sentencia definitiva, DeFunis continuó con sus estudios, por lo que cuando el caso fue conocido por la Corte Suprema el alumno se encontraba en el último curso de la carrera. Aunque la Corte Suprema declaró que la cláusula de la igualdad no entrañaba la prohibición de todas las clasificaciones raciales, cinco de los magistrados decidieron que no había lugar a la causa.¹⁰²⁵ Sin embargo, el juez Brennan

¹⁰²² El sistema de selección de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington contaba con dos procedimientos: uno para los aspirantes que pertenecían a la mayoría racial (caucásicos); procedimiento que constituía una previa selección rigurosa, mientras que el otro procedimiento, diseñado para minorías raciales, era menos complicado y no contaba con una selección previa. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, *cit.*, p. 62.

¹⁰²³ 416 U. S. 312 (1974).

¹⁰²⁴ *Ibidem*, 312, 346-47 (1974). Sobre la historia de las políticas de las universidades que favorecen el ingreso de las minorías véase Scanlon, Anthony J., “The History and Culture of Affirmative Action”, *BYU Law Review*, 1998, pp. 343-362.

¹⁰²⁵ Se aplicó la doctrina del *mootness* —del inglés *moot*: teórico, hipotético—. Esta doctrina se usa cuando el fallo pierde su sentido porque el pleito ya no puede verse afectado por la sentencia que recaiga. *Cfr.* Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 440, nota 128. Sobre la doctrina *mootness* puede verse Lee, Evan Tsen, “Deconstitutionalizing Justiciability: The

dictó un voto disidente al que se adhirieron Douglas, Marshall y White, señalando que la Corte debió haber apoyado el ingreso de DeFunis basándose en sus méritos.¹⁰²⁶

2. La sentencia *University of California vs. Bakke*

Cuatro años después de la sentencia *DeFunis*, en 1978, la Corte Suprema falla una de las sentencias más importantes de los últimos tiempos: *University of California vs. Bakke*.¹⁰²⁷ En *Bakke* se jugó algo más que el ingreso a la universidad de un estudiante blanco: sobre esta sen-

Example of Mootness”, *Harvard Law Review*, vol. 105, 1991-1992, pp. 603-669. “A case is moot when the issues presented are no longer live”. *Ibidem*, p. 610. Véase también “The Mootness Doctrine in the Supreme Court”, *Harvard Law Review*, vol. 88, 1974-1975, pp. 373-395. Para el caso especial de la sentencia *DeFunis* véase pp. 392 y 393. La Corte razonó que al terminar DeFunis sus estudios dejaba de existir litis; sin embargo, no reparó en el hecho de que pudieran existir otros “afectados” por el programa de admisiones de la Universidad de Washington. Posner analiza también la utilización de la doctrina *mootnes* en la sentencia DeFunis: Posner, Richard A., “The DeFunis Case and the Constitutionality...”, *cit.*, pp. 3 y ss.

¹⁰²⁶ 416 U. S. 312 (1974).

¹⁰²⁷ 438 U. S. 912 (1978). Sobre la sentencia *Bakke* véase Wilkinson, Harvie J. *From Brown to Bakke...*, *cit.*; Sultan, Allen, “Legal Logic, Judicial Activity, and the *Bakke* Case: Mr. Justice Powell and the Integrity of Constitutional Principle”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1982, pp. 51-69; Swink, Dawn R., “Back to Bakke: Affirmative Action Revisited in Educational Diversity”, *B. Y. C. Education and Law Journal*, vol. 1, 2003, pp. 211-256; Welch, Susan y Gruhl, John, “Does Bakke Matter? Affirmative Action and Minority Enrollments in Medical and Law Schools”, *Ohio State Law Journal*, vol. 59, 1998, pp. 697-731. En español se consultaron: Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, pp. 438-456; Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, *cit.*, pp. 268-293; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, pp. 49 y ss.; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución...*, *cit.*, p. 283; Days III, Drew, “Acción afirmativa”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, *cit.*, p. 41; Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, *cit.*, p. 49; Barrère Unzueta, María Ángeles, “Igualdad y «discriminación positiva» un esbozo de análisis teórico-conceptual”. En línea: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>, se accedió a la página el 26 de octubre de 2005, p. 20, nota 9. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad...*, *cit.*, pp. 62-64; Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 191; Sullivan, Kathleen M., “Comment. Sins of Discrimination: Last Term’s Affirmative Action Cases”, *cit.*, pp. 81-86; González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, p. 335.

tencia gira toda la jurisprudencia posterior sobre las *affirmative actions*. El caso involucra a Allan Bakke, un hombre blanco cuya solicitud de admisión a la Facultad de Medicina de California fue rechazada mientras que, gracias a un sistema complejo de admisión,¹⁰²⁸ estudiantes que pertenecían a minorías raciales, con expedientes menos buenos, ingresaron.

Para el curso 1973-1974, año de la primera solicitud de Bakke, se presentaron 2,434 solicitudes. Conforme a una primera selección de entre miembros no pertenecientes a grupos minoritarios se escogían a los 84 mejores candidatos, tomando en consideración tres factores: una nota media mínima, los resultados del Medical Collage Test (MCAT), y una entrevista.

Por su parte, los aspirantes miembros de minorías debían solicitar entrar al programa, aunque esto no era automático, pues existía una comisión que debía establecer si el aspirante estaba en una situación de desventaja. De estas solicitudes eran propuestos dieciséis candidatos. En comparación con los expedientes del grupo de la mayoría, los del grupo especial contaban con estadísticas notablemente inferiores.¹⁰²⁹

Bakke obtuvo 468 puntos sobre un máximo de 600; insuficiente frente a los demás aspirantes de las plazas ordinarias, pero muy superior al puntaje de los miembros del grupo especial. El informe del doctor Theodore West, su entrevistador en Davis, describió a Bakke como “aspirante muy cualificado... cuyo impedimento más importante es el hecho inevitable de su edad”.¹⁰³⁰ A Bakke le resultaba difícil ingresar a otras universidades donde uno de los criterios de admisión era la edad, o sea, *Bakke* pertenecía al grupo de mayores de 30, lo que le habría valido ser discriminado por razón de la edad, ¿hubiera sido eso motivo de litigio?¹⁰³¹

Después del rechazo en Davis, Bakke escribe al director de matrículas, doctor Lowrey, al que le solicita el ingreso a la facultad en calidad de oyente hasta que hubiera vacantes. Después de un mes sin respuesta, Bakke escribe de nuevo al doctor Lowrey señalando una serie de argumentos en contra de lo que considera una injusticia. Los razonamientos

¹⁰²⁸ El programa fue bautizado como “fuerza de intervención rápida”. *Ibidem*, p. 63.

¹⁰²⁹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 300; Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, *cit.*, pp. 271 y 272; Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 441.

¹⁰³⁰ Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos...*, *cit.*, p. 276.

¹⁰³¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, *cit.*, p. 63.

que usa en contra de las políticas de admisión se repetirán en su demanda ante los tribunales:

Los aspirantes elegidos para convertirse en nuestros doctores debieran ser los que presentaran las mejores calificaciones académicas y personales... Yo estoy convencido de que una parte significativa... es examinada por un criterio distinto. Me refiero a los grupos especiales, manifiestos o encubiertos, para minorías raciales... Entiendo que la idea rectora para la creación de esos grupos es tratar de compensar pasadas discriminaciones. Pero instituir un nuevo perjuicio racial a favor de las minorías no es una solución justa.¹⁰³²

Bakke intentó ingresar a la Universidad en 1974. Esta vez fue entrevistado por el doctor Lowrey. Bakke fue rechazado, en la primavera de 1974, después de que su instancia fuera remitida al proceso normal de matrícula. La acción inicial de su abogado, Reynold Colvin, fue negociar su ingreso con la Universidad, al fallar, presentó una demanda ante un juez de instrucción. La pregunta que se hace a los tribunales es la siguiente: ¿el perjuicio causado a Allan Bakke como consecuencia de las políticas de admisión de la Universidad es contrario a la cláusula de igualdad?¹⁰³³ El argumento que utilizó el abogado de Bakke se refería al derecho de su cliente a no ser excluido de la Facultad de Medicina sólo por causa de su raza.¹⁰³⁴

Para el juez F. Leslie Manker, el hecho de que no se hubiesen matriculado blancos a través del plan especial era una prueba de que existía violación del derecho de Bakke a no ser discriminado, derecho consagrado en

¹⁰³² Véase Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., pp. 276 y 277. Las cartas de Bakke al director de matrículas se encuentran reproducidas en Sindler, Allan P., *Bakke, DeFunis and Mihnority Admissions: The Quest for Equal Oportunity*, Nueva York, Longman, 1978, pp. 69 y 70. El doctor Lowrey entregó la carta al adjunto Peter Storandt. Parece que él influyó en Bakke para que tomara la decisión de llevar su caso a los tribunales. En una entrevista señala su descontento con el programa de la Universidad: "Teníamos un programa con un objetivo encomiable, pero... tenía el efecto de perjudicar a otro tipo de candidatos". Recordó el caso de una mujer blanca próxima a los treinta años madre de un niño, y que había estado viviendo de la beneficencia pública, y que no había sido admitida al programa de matrículas especiales. Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., p. 277.

¹⁰³³ La Corte Suprema del estado de California había ordenado a la Universidad que admitiera a Bakke. Asimismo, prohibía a las universidades del estado que utilizaran criterios raciales en las decisiones sobre las admisiones. El fundamento de la Corte Suprema de California fue que el uso de criterios raciales siempre era inconstitucional.

¹⁰³⁴ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, cit., p. 300.

la cláusula de igual protección de la decimocuarta enmienda. Además, se violaba el título IV de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Como consecuencia se prohibió a la Universidad tener en cuenta la raza, declarando así la nulidad del programa, pero se rechazó la petición de Bakke de obligar a la Universidad a que lo incorporara, pues no se pudo probar que Bakke hubiera ingresado a la Universidad si las cien plazas hubieran estado disponibles.

Por su parte, la Corte de California, en una decisión de 6 a 1, declaró nulos los programas que utilizaban criterios raciales de selección, y obligó a la Universidad a admitir al postulante. Resolvió que el programa

...tal cual es administrado por la Universidad, infringe los derechos constitucionales de aspirantes no minoritarios porque confiere preferencias por motivos raciales a personas que según las propias normas de la Universidad no están tan cualificados para el estudio de la medicina como los aspirantes no minoritarios a los que se les ha denegado el ingreso.¹⁰³⁵

Señaló que el programa sería válido si se aceptaran criterios flexibles de admisión para alumnos desfavorecidos de todas las razas, pero no del modo como estaba previsto. Uno de los fundamentos era que la Universidad era joven: no existía pasado discriminatorio, no había prueba alguna de que fuese culpable de segregación racial, por lo que los magistrados coincidieron en que no existía razón para usar la raza como un criterio de admisión. A la Universidad le correspondía probar que Bakke no hubiera ingresado a la misma de no existir el programa. Al no rendir esa prueba se obligó a la Universidad a admitirlo.

El Consejo de la Universidad de California recurrió la sentencia ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁰³⁶ Pocas veces un caso ha suscitado tanta expectación como *Bakke*.¹⁰³⁷ El abogado de Bakke, Reynold Colvin, argumentó que el uso en *Davis* de la clasificación racial era inconstitucional: “la idea de raza como clasificación se convierte según

¹⁰³⁵ Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., p. 280.

¹⁰³⁶ Fueron varias las universidades que pidieron la revocación de la sentencia de la Corte de California. Las universidades defendían su autonomía, que se traducían en la libertad para establecer criterios aplicables en las admisiones. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, cit., p. 63.

¹⁰³⁷ Welch, Susan y Gruhl, John, “Does Bakke Matter? Affirmative Action and Minority Enrollments in Medical and Law Schools”, cit., p. 700.

nuestra historia y nuestro criterio en una base injusta e inadecuada sobre la que juzgar a las personas. No creemos que la inteligencia, el tesón o la calificación se midan por la pigmentación de la piel o el apellido de un individuo”.¹⁰³⁸

El abogado que defendió la causa de la Universidad de California fue el abogado Archibald Cox.¹⁰³⁹ Para la defensa, “la Enmienda XIV no prohíbe programas conscientes de ayuda a una raza cuando no existe propósito o intención malévola, o cuando tienden a remediar las consecuencias de nuestra larga y trágica historia de discriminación para lograr una mayor igualdad racial”.¹⁰⁴⁰ Los argumentos en defensa del plan de la Universidad de California fueron los siguientes:

- 1) Reducir el déficit histórico de las minorías tradicionalmente desfavorecidas en la Facultad de Medicina.
- 2) Remediar los efectos de la discriminación social. Para lograr este objetivo, se afirma, se cuenta con un legítimo y sustancial interés.¹⁰⁴¹
- 3) Incrementar el número de médicos de raza negra que presumiblemente atenderá a su comunidad.¹⁰⁴²
- 4) Lograr una diversidad en el alumnado.

La Corte se cuestiona en primer lugar la aplicación de la doctrina de las clasificaciones sospechosas.¹⁰⁴³ ¿Debía una clasificación racial, diseñada para ayudar a las personas desfavorecidas, ser analizada bajo un examen severo de constitucionalidad? Hemos visto que la primera defensa de las *affirmative actions* se fundamentaba en una justicia compensatoria. De ahí que fuese más difícil de defender en el caso concreto de la

¹⁰³⁸ *Ibidem*, p. 284. La traducción es nuestra.

¹⁰³⁹ Archibald Cox, uno de los abogados de más prestigio de la época, había sido solicitador general (abogado general) bajo la presidencia del presidente John F. Kennedy. Sobre la biografía de Archibald Cox, véase Breyer, Stephen G. y Gromley, Ken, “In Memoriam: Archibald Cox”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2004, pp. 1-24.

¹⁰⁴⁰ Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., p. 283.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, pp. 306 y 307.

¹⁰⁴² Archivald Cox señala en los argumentos orales a favor de la Universidad de California que “los programas de acción afirmativa son una forma efectiva para incrementar el número absurdo de médicos negros”. Citado por Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, cit., pp. 295 y 296 (la traducción es nuestra).

¹⁰⁴³ Tuvimos ocasión de señalar que dicha doctrina implica que las clasificaciones que utilicen rasgos “especialmente odiosos”, como la raza o el origen nacional deberán ser analizadas bajo el escrutinio más estricto.

Universidad de California: nadie alegaba que se hubiese cometido algún tipo de discriminación.¹⁰⁴⁴

La Corte se planteó también examinar el caso de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Derechos Civiles de 1964, título VI, que prohibía la discriminación en cualquier programa o actividad que recibiera asistencia monetaria federal, o juzgar de acuerdo con la enmienda XIV, o en ambos ordenamientos. La diferencia estribaba en que la ley parecía más restrictiva que la propia Constitución. La postura de Archibal Cox era que la Corte no debía conocer sobre la constitucionalidad de la Ley de Derechos Civiles, sino hacer una interpretación directa de la Constitución, pues en el juicio llevado ante la Corte Suprema de California la interpretación de la ley no había sido parte de la *litis*, por lo que no estaba abierta a revisión.¹⁰⁴⁵ Archibal Cox señalaría años después que en realidad cualquiera que haya vivido en Washington en la década de los sesenta sabía que la Ley de Derechos Civiles tenía como intención proteger a las minorías: “No puedo callar mi convicción de que esa interpretación (para prohibir la acción positiva) tergiversa la Civil Rights Act de 1964, convirtiéndose así un documento de libertades en un instrumento de aislamiento”.¹⁰⁴⁶

La sentencia se conformó como una *plurality opinion*, por lo que debemos analizar los diferentes razonamientos de los magistrados. Para la decisión, la Corte Suprema se dividió en dos grupos. De una parte se encontraban los jueces Stevens, junto con el *chief justice* Burger, Stewart y Renquist, que señalaban que el programa Davis era contrario a la Ley de Derechos Civiles. Por su parte, los jueces Brennan, Marshall, White y Blackmund consideraron que la Ley no era más restrictiva que la propia Constitución.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁴ El fundamentar la defensa de las *affirmative actions* en la idea de discriminación pasada ha sido un verdadero fracaso en los tribunales, pues se exigen pruebas de discriminación concretas acaecida en la institución de que se trate. Se exigen además pruebas de que la discriminación ha sido intencional, cuestión que es virtualmente imposible.

¹⁰⁴⁵ Friendly, Fred W. y Elliottm, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., pp. 286 y 287.

¹⁰⁴⁶ Cox, Archibal, “Bakke, Weber, and Affirmative Action: a Rockefeller Foundation Conference”, July 12-13, 1979, Nueva York, The Foundation, 1979. Citado en *ibidem*, p. 287. En definitiva, la nueva ley fue estructurada para asegurar los máximos derechos de la población negra en tantas áreas de la vida pública como fuera posible. Cfr. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, cit., p. 221.

¹⁰⁴⁷ Las acciones encaminadas a terminar con la segregación racial en el sistema educativo no son sólo constitucionalmente permisibles, sino es incluso un mandato constitucional. Véase *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Education*, 402 U. S. (1971).

El quinto voto fue el del magistrado ponente Powell,¹⁰⁴⁸ quien le dio la razón en puntos diferentes a los magistrados. El magistrado Lewis Powell considera que todas las clasificaciones raciales deberían estar sujetas al escrutinio más estricto¹⁰⁴⁹ sin importar la raza afectada. Una de las características de la cláusula de igualdad de la enmienda XIV, señala, es que protege personas, no grupos. La cláusula debe ser aplicada a todos por igual: “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 distinta”.¹⁰⁵⁰

Los magistrados consideraron que las clasificaciones raciales son sospechosas tanto si son utilizadas para perjudicar como si se utilizan para ayudar a la raza negra,¹⁰⁵¹ sin embargo, Powell deja claro que la Constitución no prohíbe tomar en cuenta la raza como criterio en los procedimientos de admisión de estudiantes universitarios, siempre que no haya cuotas rígidas y que la universidad justifique debidamente las preferencias a determinada minoría.¹⁰⁵²

A. Opinión del magistrado Powell

El magistrado Powell rechaza los primeros tres argumentos que motivaban el programa Davis. Recordemos que el primero de ellos justificaba las *affirmative actions* para reducir el déficit histórico de las minorías tradicionalmente desfavorecidas en la Facultad de Medicina. Para Powell, las preferencias basadas sólo en la raza son inválidas, por lo menos cuando éstas utilizan un porcentaje de un específico grupo racial.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁸ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 442.

¹⁰⁴⁹ Las clasificaciones raciales o étnicas deberán sujetarse a “the most rigid scrutiny” [citando a *Korematsu vs. U. S.*, 323 U. S. 214,216 (1944)] and the most exacting judicial examination”. De la opinión contraria es el magistrado Brennan, que en un voto particular señala que las clasificaciones raciales deben estar sujetas a un escrutinio intermedio, pues estas específicas clasificaciones raciales sirven a un “importante objetivo gubernamental”. *Bakke*, 438 U. S., 359. A favor del uso de un escrutinio estricto véase Swink, Dawn R., “Back to Bakke”, cit., p. 217.

¹⁰⁵⁰ *Bakke*, 438 U. S., pp. 289 y 290.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, p. 291.

¹⁰⁵² Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 442.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, p. 307.

Para Powell, el segundo argumento: remediar los efectos de la discriminación social, no puede ser perseguido usando clasificaciones raciales que impongan desventajas a personas que no tienen responsabilidad por la discriminación pasada. Sugiere tres requisitos que deben ser cumplidos antes de que las preferencias raciales sean usadas como remedios a las discriminaciones pasadas: *a)* debe encontrarse una violación a un mandato constitucional o legal; *b)* debe determinarse que el daño fue causado por una autoridad del Estado: institución administrativa, judicial o legislativa; *c)* la acción remedio debe estar sujeta a un “continuo examen” (*continuing oversight*). De esta forma se buscará minimizar el impacto a personas inocentes que compitan por los beneficios en cuestión.¹⁰⁵⁴ Queda claro que para Powell la universidad no es una institución legitimada para buscar esos remedios: su misión es educar; no formular políticas legislativas o adjudicarse demandas sociales.

El tercer argumento, incrementar el número de médicos de raza negra que presumiblemente atenderán a su comunidad, es rechazado por Powell, pues virtualmente no existe evidencia que sugiera que el plan de la Universidad sea necesario o haya sido diseñado para incrementar el número de médicos.¹⁰⁵⁵ Además, existen otros mecanismos que pueden ser implementados para incentivar a los médicos para atender a comunidades desfavorecidas.

Finalmente, Powell considera que la diversidad racial en las universidades es un objetivo suficientemente fuerte para justificar una clasificación racial; no obstante, el plan utilizado por la universidad no es “apropiado para perseguir ese fin”.¹⁰⁵⁶ En la opinión de Powell, la diversidad racial es el único objetivo que supera el escrutinio estricto utilizado en las clasificaciones raciales usadas en las políticas de admisiones de las universidades; sin embargo, aclara: “La raza o la pertenencia a un grupo étnico no ha de ser considerada como factor decisivo, sino como uno más a la hora de considerar un caso en particular”.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, p. 308.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, p. 310.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, pp. 314 y 315. Los cuatro puntos pueden encontrarse en Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, *cit.*, p. 63.

¹⁰⁵⁷ Las consideraciones raciales, según Powell, deben hacerse considerando el caso particular. Lo que contradice la opinión de Owen Fiss, que considerara el grupo segregado como un todo que debe ser favorecido por las acciones afirmativas. Véase Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, p. 145

Lo anterior significó que el criterio de prohibir el uso de factores raciales no prosperó, dejando abierta la posibilidad de usar esos criterios con objeto de buscar diversidad racial en las universidades. De ahí que considere que las cuotas o la reserva de plazas están explícitamente prohibidas en la cláusula de igual protección de la ley. No todos los planes que toman en cuenta la raza como un factor que influye en la decisión para ingresar a la universidad son inconstitucionales.

Powell reconoce la potestad de la universidad para crear programas de admisión que consideren la raza: la diversidad racial estaría justificada por el interés en que en la universidad exista un ambiente diversificado. Los primeros tres argumentos a favor del plan de la Universidad de California concebían a las *affirmative actions* como un remedio a la desproporción racial en la Universidad; sin embargo, la opinión de Powell no estaría articulada bajo esta lógica, por el contrario, bajo la premisa de la diversidad no existe una protección especial para la raza negra: los beneficiados de la diversidad racial serían la comunidad universitaria en su conjunto.¹⁰⁵⁸

B. *El uso de la raza como criterio de ingreso a las universidades*

El uso de cuotas “rígidas” como el de la Universidad de California es considerado inconstitucional, por lo que se ha optado por utilizar un sistema de cuotas flexible que utiliza otros factores, y no sólo la raza, a la hora de decidir sobre la admisión de los aspirantes. Según Powell, en la cláusula de igual protección no existen tutelas especiales “special wards”¹⁰⁵⁹ que permitan que sea interpretada de forma diferente según el destinatario. De ahí que las clasificaciones raciales que perjudican a los blancos reciben el mismo tipo de escrutinio que aquellas que son perjudiciales para la raza negra.

Lo dicho por el magistrado Powell es parcialmente cierto: todos los ciudadanos tienen el derecho constitucional de no sufrir perjuicios y de no partir con desventaja comparativa por motivos raciales, de religión u otra clasificación natural o artificial creada con objeto de perjudicar, má-

¹⁰⁵⁸ Sobre esto véase Goldstein, Joel K., “Beyond Bakke: Grutter-Gratz and the Promise of Brown”, *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, p. 913. “Whereas Brown sought to remedy the «feeling of inferiority» of a racial minority, justice Powell’s opinion articulated no such concern; on the contrary, the beneficiaries of diversity, under his logic, were primarily whites”.

¹⁰⁵⁹ *Bakke*, 438 U. S., 295.

xime cuando están en juego bienes escasos. Este es un derecho constitucional fundamental que fue sistemáticamente violado durante muchos años por la exclusión racial en las universidades, y que ha estado tradicionalmente motivada por el desprecio a los negros: la exclusión por raza es en sí misma un insulto. Sin embargo, en el caso *Bakke* no existen prejuicios o desprecios hacia la raza blanca. Otro argumento a favor del uso de la raza es que es un criterio que no se diferencia de otros factores que se toman en cuenta.¹⁰⁶⁰ Dworkin, refiriéndose a *Bakke*, señala:

Es verdad: no hay duda que de haber sido de raza negra hubiera sido admitido a la universidad, pero también es verdad que hubiera sido aceptado si fuese más inteligente, o hubiera causado mejor impresión en la entrevista, o, en el caso de otras facultades, si él hubiera sido más joven cuando él decidió estudiar medicina.¹⁰⁶¹

La opinión de Powell ha llegado a influir en el diseño de las políticas de ingreso de las universidades públicas, y han decidido seguir el modelo de admisiones que se sugería en sus consideraciones.¹⁰⁶² Sin embargo, las *affirmative actions* nunca habían sido tan atacadas. Esta ironía es expresada en un artículo reciente, por el profesor Dawn Swinnk, quien afirma: “Las acciones afirmativas en la educación superior no habían estado nunca mejor asentadas, ni en situación más vulnerable de lo que están ahora”.¹⁰⁶³

3. *La sentencia Steelworkers of America vs. Weber*

En el asunto *Steelworkers of America vs. Weber*¹⁰⁶⁴ se cuestiona ante la Corte Suprema la constitucionalidad de un plan privado de *affirmative*

¹⁰⁶⁰ El ingeniero Allan Bakke, nos señala Aída Kemelmajer, tenía 33 años cuando decidió solicitar su ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de California después de trabajar en la NASA analizando los efectos de la radiación en animales y seres humanos. Su edad era algo que pesaba en su contra. Muchas universidades establecen edades máximas como requisito de ingreso, discriminan por razón de la edad; sin embargo, a nadie le parece incorrecto discriminar sólo por razón de la edad.

¹⁰⁶¹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, cit., p. 301.

¹⁰⁶² Véase Blasi, Vincent, “Bakke as Precedent: Does Mr. Justice Powell Have a Theory?”, *California Law Review*, vol. 67, 1979, p. 21.

¹⁰⁶³ Swinnk, Dawn R., “Back to Bakke”, cit., p. 211.

¹⁰⁶⁴ 443 U. S. 193 (1979). Sobre esta sentencia véanse los ensayos: Kramer, Karen G., “Voluntary Affirmative Action in the Private Sector—Are Seniority Overrides for Layoffs Permissible?”, *The Hasting Law Journal*, vol. 35, pp. 379-402; Herndon, Randolph K., “The Presence of State Action in United Steelworkers vs. Weber”, *Duke Law Journal*,

action diseñado por la Unión de Trabajadores Steelworkers of America y la empresa Kaiser Aluminium and Chemical Corporation (Kaiser). El plan consistía en la reserva del 50% de las plazas de un programa de entrenamiento a los trabajadores negros. Dicho plan estaba diseñado para “promover el avance en posiciones tradicionalmente vedadas a las personas de raza negra”. El plan se concibió como temporal, pues terminaría una vez que el porcentaje de empleados negros fuese similar al porcentaje de mano de obra negra en la localidad (cuando el programa comenzó sólo el 2% de los obreros de la empresa era de raza negra, mientras que la fuerza de trabajo negra de la localidad se calculaba en un 39%).

Kaiser, en su planta de Gremercy, Luisiana, seleccionó a siete empleados negros y seis blancos para ser entrenados. La mayoría de los negros seleccionados, sin embargo, tenían menor antigüedad que muchos blancos no seleccionados. Como consecuencia, Weber, uno de los trabajadores blancos, alegó ser víctima de una discriminación: había sido rechazado “sólo por su raza” del programa de entrenamiento. Se cuestiona si las secciones 703 (a), (d) y (j)¹⁰⁶⁵ del título VII autorizaban a los sindicatos y empresarios del sector privado a tomar en cuenta la raza para poner en marcha mecanismos para terminar con el desequilibrio racial.

vol. 29, 1980, pp. 1172-1200. En español se consultó Hodges-Aeberhard, Jane, “La acción positiva en el empleo”, *cit.*, p. 280; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad...*, *cit.*, p. 269; Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, *cit.*, p. 94, y Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, pp. 50 y 64.

¹⁰⁶⁵ La sección 703 (d) señala que “se considerará una práctica laboral ilegal por parte de un patrón, sindicato o comisión mixta de capacitación y arbitraje, que incluya programas de capacitación impartidos en el centro de trabajo, discriminar a alguna persona en razón de su raza, color, religión, sexo u origen nacional con respecto a su admisión o empleo en algún programa establecido para proporcionar capacitación o adiestramiento”. Por su parte, la sección 703(j) señala: “Nada de lo impuesto en este título deber ser interpretado como exigencia en ningún empleo... de conceder a ningún individuo o grupo un tratamiento preferente por razón de desequilibrio que pueda existir respecto al número total o porcentaje de personas de cualquier raza... empleadas por cualquier empresario... en comparación con el número total o porcentaje de personas de esa raza... existente en cualquier comunidad”. No obstante, señala María Ángeles Martín Vida, los tribunales no han tomado esta prohibición al pie de la letra, permitiendo el uso de planes que tengan como finalidad igualar el porcentaje de la minoría en determinado contexto con el que tienen en la población”. Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 170, nota 40. Véase también A. G. F., “Recent Development. Civil Rights —Employment Discrimination— Preferential Miority Treatment as an Appropriate Remedy under Section 703(j) of Title VII”, *Tennessee Law Review*, vol. 42, 1974-1975, pp. 397-405.

La Corte Suprema sostuvo que el título VII de la Ley de Derechos Civiles no prohíbe las *affirmative actions* privadas y voluntarias que utilicen criterios raciales (*race conscious*). Además, considera que el plan refleja el propósito del propio título VII, porque está diseñado para romper con los viejos patrones de la segregación racial creando oportunidades de trabajo en áreas tradicionalmente vedadas a los negros.

El plan, considera la Corte Suprema, es constitucional debido a lo siguiente: 1) es temporal, pues fija como término el día en que se refleje en la empresa el porcentaje de negros en la fuerza de trabajo local; 2) no genera grandes perjuicios a los blancos, a quienes les corresponde el 50% de las plazas del programa, por lo que se les permite progresar; 3) no utiliza mecanismos perjudiciales, como despidos o reemplazos de los puestos de trabajo.

Por otra parte, hay que señalar que en la valoración de la legalidad de este tipo de *affirmative actions*, la decisión del Corte Suprema se verá influenciada positivamente por el hecho de que el programa se haya puesto en marcha por un empresario:¹⁰⁶⁶ la adopción de planes privados se encuentra en el área discrecional permitida por el título VII.¹⁰⁶⁷

Se dejó claro que los planes voluntarios no podían utilizar sin limitantes las clasificaciones raciales: sólo eran permisibles si tenían por finalidad acabar con los patrones arraigados de segregación y jerarquía basadas en la raza, abriendo posibilidades de empleo que habían estado tradicionalmente vedadas a la raza negra. No obstante, es necesario que los planes no dañen innecesariamente los derechos de la población masculina blanca: que no se les despida, o que se evite la promoción de forma absoluta.¹⁰⁶⁸

4. La sentencia Fullilove vs. Klutznick

En 1977 fue promulgada por el Congreso de los Estados Unidos la Ley de Empleo Público (Public Works Employment Act) —primera ley federal que utilizaba una *affirmative action*—. La ley designaba cuatro millones de dólares de fondos federales para fortalecer la “débil economía de la época”. Una de las disposiciones asignaba el 10% de los gastos y contra-

¹⁰⁶⁶ 443 U. S. 193 (1979).

¹⁰⁶⁷ El título VII busca precisamente evitar la segregación racial existente en los trabajos y categorías profesionales, así como proporcionar mayores oportunidades a la población negra en empleos que tradicionalmente les han sido negados.

¹⁰⁶⁸ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 64.

tos federales a empresas cuyos dueños fuesen ciudadanos norteamericanos pertenecientes a grupos minoritarios como “negros, hispano-parlantes, orientales, indios, esquimales o aleutianos”.¹⁰⁶⁹

Recordemos que la utilización en la ley del rasgo específico de la raza ha estado vedada: su uso se convirtió en un criterio sospechoso; un “anatemata” para la Corte Suprema.¹⁰⁷⁰ La Corte declaró, en *Fullilove vs. Klutznick*,¹⁰⁷¹ que es indiscutible el poder del Congreso de usar remedios sensibles a la raza (*conscious race*) en el esfuerzo por erradicar los efectos de las pasadas y presentes discriminaciones raciales, así como para evitar que éstas se repitan, y declara constitucional, por seis votos contra tres, que el objetivo establecido por el gobierno de evitar que la discriminación se perpetúe debe ser considerado primordial, rechazando el argumento de los demandados que sostenía que las *affirmative actions* eran una simple “discriminación inversa” y que la Constitución prohíbe cualquier práctica gubernamental que viole el principio de *colour blindness*. Otro argumento rechazado fue el del supuesto estigma que sufrían los beneficiados del plan.¹⁰⁷²

De esta forma se reconoce el poder del Estado para crear planes de *affirmative actions* con el objetivo de terminar con las discriminaciones pasadas y presentes.¹⁰⁷³ En este caso no se especifica un escrutinio concreto para conocer de la constitucionalidad de las acciones tomadas para revertir los efectos de la discriminación.

Debemos notar que una de las razones por las cuales la Corte consideró que era constitucional la clasificación racial fue precisamente porque ésta era producto de la labor legislativa, por lo que nos encontramos ante una actitud de deferencia a la labor del legislador: cobra vigencia la teoría de

¹⁰⁶⁹ Days, Drew S. III, “Fullilove”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 3, 1987, pp. 453-485. Además del ensayo de Days se consultaron las siguientes obras que contienen referencias a la sentencia *Fullilove*: Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 50; Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle...”, cit., pp. 58-60; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 460; Killian, Johnny H. y Costello, George Albert, *The Constitution of the United States of America...*, cit., pp. 1865 y ss.

¹⁰⁷⁰ Hodges-Aeberhard, Jane, “La acción positiva en el empleo”, cit., p. 284; Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle...”, cit., pp. 58-60.

¹⁰⁷¹ 448 U. S. 448 (1980).

¹⁰⁷² 448 U. S. 484-489 (1980). (*Chief Justice* Burger), 514-515 (magistrado Powell), 520-521 (Justice Marshall).

¹⁰⁷³ Days, Drew S. III, “Fullilove”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 3, 1987, p. 458.

la presunción constitucional descrita por Thayer. Como consecuencia de ello, las *affirmative actions* que son producto de la labor legislativa tendrían más probabilidades de ser consideradas constitucionales que si éstas son diseñadas por otras entidades gubernamentales o privadas.¹⁰⁷⁴

A favor de un escrutinio estricto además del magistrado Powell votaron Marshall, Brennan y Blackmun. Para Marshall, una clasificación que es usada para remediar discriminación pasada debe “servir a objetivos gubernamentales importantes. Asimismo, éstos deben estar sustancialmente relacionados con la consecución de aquellos objetivos”.¹⁰⁷⁵ Por su parte, el magistrado Burger habla del examen más profundo *most searching examination*. Una postura más radical es sostenida por el magistrado Stewart y respaldada por el *chief justice* Renhquist, quienes rechazaron la proposición de que el Legislativo cuenta con la facultad para desarrollar remedios constitucionales conscientes de la raza en contra de la discriminación.¹⁰⁷⁶

El magistrado Powell repite lo dicho en *Bakke* acerca del escrutinio que debía ser usado en estos casos: “...la demanda de inconstitucionalidad sólo podría ser salvada por la norma si ésta constituye un medio necesario para la consecución de un fin gubernamental apremiante”.¹⁰⁷⁷

5. *La sentencia Firefighters vs. Stotts*

Como vimos, la sección 706(g) de la Ley de Derechos Civiles señala la posibilidad de que una orden judicial ordene un plan remedio a una empresa que ha discriminado. Cuando esto sucede, la carga de la prueba suele recaer en aquel que ataca el plan. Lo mismo ocurre con las acciones voluntarias de las partes como consecuencia de un proceso judicial. A esto se le denomina *consent decree*, es decir, acuerdos adoptados entre las partes del litigio: empleados o sindicatos y patrones.¹⁰⁷⁸ Los acuerdos

¹⁰⁷⁴ Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 460. Como veremos más adelante, la deferencia al legislador no fue permanente, pues más tarde la Corte rechaza un plan de *affirmative action* diseñado por un congreso local.

¹⁰⁷⁵ 448 U. S. 519 (1980). Voto concurrente del magistrado Marshall.

¹⁰⁷⁶ 448 U. S. 527 (1980). Voto disidente del magistrado Stewart.

¹⁰⁷⁷ *Fullilove* 448 U. S. 469 (1980). Voto particular de Powell. Sobre esto véase Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, cit., p. 93.

¹⁰⁷⁸ El Code of Federal Regulation define los programas de *affirmative actions* como “a set of specific and result-oriented procedures to which a contractor commits itself to apply every good faith effort. The objective of these procedures plus such efforts is equal opportunity”, 41 C. F. R, párrafo 60-2.10 (1984).

se presentan ante la instancia judicial que conozca la causa, la cual lo aprueba, modifica o extingue.¹⁰⁷⁹

En 1984, en la sentencia *Firefighters vs. Stotts*,¹⁰⁸⁰ conoce sobre la constitucionalidad de un plan de *affirmative action* fruto de un *consent decree* acordado entre la ciudad de Memphis y el Departamento de Bomberos, y firmado ante una corte de apelaciones. Entre otras disposiciones, establecía que en caso de despido se debía preferir a los trabajadores blancos de más antigüedad. Lo anterior tenía como objetivo dejar vacantes los empleos para contratar mujeres o miembros de minorías. De esta forma se buscaba que las minorías estuvieran representadas en la misma proporción que lo estaban en la ciudad.

Estas medidas, que estuvieron en función durante algún tiempo, dejaron de acatarse cuando se propuso el despido de varios empleados negros jóvenes conforme a un procedimiento de despido con sujeción estricta a la antigüedad de los trabajadores; propuesta de despido que más tarde fue anulada por el tribunal de primera instancia. Posteriormente se aplicó de nuevo el *consent decree*, por lo que trabajadores blancos despedidos decidieron demandar la ilegalidad de las medidas fundamentándose en las secciones 703(h)¹⁰⁸¹ y 706(g), del título VII, de la Ley de Derechos Civiles.

¹⁰⁷⁹ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 46.

¹⁰⁸⁰ 483 (1984) Boyle, Eugene A., "Affirmative Action and the Bona Fide Seniority System: Firefighters Local Union no. 1784 v. Stotts", *Journal of Urban and Contemporary Law*, vol. 29, 1985, pp. 229-246. En español puede verse Hodges-Aeberhard, Jane, "La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales", cit., p. 281; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 62.

¹⁰⁸¹ La sección 703 (h) prescribe: "No obstante lo previsto en este título, no se considerará que un patrón incurre en una práctica laboral ilegal cuando aplique diferentes normas de remuneración o diferentes términos, condiciones o derechos laborales conforme a un sistema de antigüedad o de promoción de buena fe, o bien, a un sistema que mida las ganancias mediante la cantidad o la calidad de la producción o a empleados que trabajan en locaciones diferentes, siempre y cuando dichas diferencias no sean consecuencia de una intención por discriminar en razón de la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional. Tampoco se considerará que un patrón incurre en una práctica laboral ilegal cuando aplique o actúe con base en los resultados de alguna prueba de habilidades desarrolladas profesionalmente siempre y cuando dicha prueba, su aplicación o acción basada en sus resultados no esté diseñada, tenga el propósito o se utilice para discriminar en razón de la raza, el color, la religión, el sexo o el origen nacional. No se considerará que un patrón incurre en una práctica laboral ilegal conforme a este título cuando, con base en el sexo, establezca diferencias para determinar la cuantía de los salarios o remuneraciones que haya pagado o que pagará a sus empleados si dicha diferenciación está prevista en la sección 6(d) de la Ley de Normas para el Trabajo Justo de 1938 (Fair Labor Standards Act, de 1938), con sus reformas [29 U. S. C. 206(d)]".

La Corte Suprema resuelve que el capítulo VII prohíbe a los tribunales exigir la imposición de una preferencia racial salvo que la preferencia beneficie a las víctimas de prácticas discriminatorias. De esta forma, la Corte Suprema delimita los alcances de la *affirmative action*. Concluye que la simple pertenencia a un grupo desaventajado no conlleva el derecho a que se les reconozca automáticamente determinadas ventajas en el sistema de antigüedad y prohíbe que le sean otorgados beneficios a un trabajador cuando la única forma de lograrlo es despidiendo a otro trabajador.¹⁰⁸²

6. La sentencia *Local 93, International Association Firefighters vs. Cleveland*

En 1986, la Corte falla el *Local 93, International Association Firefighters vs. Cleveland*,¹⁰⁸³ cuyos antecedentes son los siguientes: el 23 de octubre de 1980 la asociación de bomberos, *Vanguards of Cleveland*,¹⁰⁸⁴ presentó una demanda en contra de la ciudad de Cleveland alegando discriminación en el trabajo por motivos raciales y por origen nacional. Según la demanda, la discriminación consistía en prácticas discriminatorias intencionales. Tras varios intentos de avenencia, en 1983, las partes firmaron un *consent decree*, que consistía en promoción de las minorías a los distintos grados. En el convenio se concedía un número fijo de ascensos. Dichos ascensos se otorgarían a miembros de minorías durante un lapso de cuatro años.

Se cuestiona la legalidad del *consent decree*, interpretando si la sección 706(g), del título VII, de la Ley de Derechos Civiles prohíbe la adopción de convenios que establezcan beneficios a quienes no son víctimas directas de la discriminación probada en un juicio. La otra interrogante es si el *consent decree* debía considerarse como un acuerdo voluntario o como una imposición judicial.

La Corte Suprema ratifica, por cinco votos contra cuatro, la declaración judicial de avenencia del tribunal de primera instancia. La discriminación probada hacia las minorías raciales en esta categoría de trabajos fue un elemento esencial para que la Corte Suprema fallara a favor del plan.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 65.

¹⁰⁸³ 478 U. S. 501 (1986).

¹⁰⁸⁴ Organización de bomberos hispanos y negros de la ciudad de Cleveland.

¹⁰⁸⁵ Jackson, Paul Leslie, "Local Number 93, International Association of Firefighters vs. City of Cleveland: A Consent Decree is not an Adjudicated Order for Purposes

No importa que las personas ahora beneficiadas por el plan no sean las mismas que se vieron en otro momento discriminadas, la discriminación probada en la institución es suficiente para justificar el uso de medidas remedio.¹⁰⁸⁶ La Corte resuelve que no es trascendente la distinción entre acciones voluntarias validadas por un *consent decree* de otras acciones sin un *consent decree*.¹⁰⁸⁷

7. La sentencia *Sheet Metal Workers vs. EEOC*

En el asunto *Sheet Metal Workers vs. EEOC*¹⁰⁸⁸ se estudia la legalidad de un programa de *affirmative action* impuesto por una corte federal de primera instancia. El plan había sido creado con la finalidad de incrementar el número de trabajadores no blancos tras comprobarse una discriminación por parte del sindicato de trabajadores del metal de Nueva York. El plan se fundamentaba en la sección 703(j), del título VII, de la Ley de Derechos Civiles. Se cuestiona si la raza es un criterio válido a tomar en cuenta con la finalidad de establecer remedios dirigidos a erradicar conductas discriminatorias persistentes y notorias, y si los tribunales estaban facultados para establecer remedios que beneficiasen a personas que no habían sido identificadas como víctimas de las prácticas discriminatorias. En el juicio se probó que el sindicato había obstaculizado el ascenso de las minorías, evitando, por ejemplo, que ingresaran a cursos de formación. En 1983 una corte obligó al sindicato y a la empresa a la contratación de un determinado número de trabajadores pertenecientes a minorías raciales.

of Title VII”, *Akron Law Review*, vol. 20, 1986-1987, pp. 547-561, y Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 63.

¹⁰⁸⁶ Como era de esperar, la magistrada O’Connor dictó un voto disidente en que interpreta la sección 703 de la Ley de Derechos Civiles como una prohibición del *race conscious* (Local 93, *Int. Ass’n Firefighters*, 106 S. Ct. at 3080). El magistrado White señala que el *consent decree* se excede de los límites establecidos en la Ley en cuestión al establecer cuotas. Considera también que en virtud de dicho convenio se beneficia a personas que no fueron víctimas de ninguna discriminación (Local 93, *Int. Ass’n Firefighters*, 106 S. Ct. at 3082). Para el magistrado Renhquist las medidas remedio deben estar dirigidas a compensar a las víctimas; por lo tanto, la ciudad de Cleveland no debería estar obligada por el *consent decree* para ascender a personas que no hayan podido probar ser víctimas de discriminación. Local 93, *Int. Ass’n Firefighters*, 106 S. Ct. at 3083.

¹⁰⁸⁷ Local 93, *Int. Ass’n Firefighters*, 106 S. Ct. at 3073.

¹⁰⁸⁸ 478 U. S. 267 (1986) Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 63.

Las *affirmative actions*, señala la Corte Suprema, son un remedio permisible a favor de una categoría de personas, aunque no se hubiera demostrado que todas hubieran padecido realmente las consecuencias de la discriminación, condicionado a la existencia de una discriminación “flagrante” por parte del empleador o de un sindicato. Así, la Corte Suprema otorga validez a los remedios judiciales. Lo que implica la sentencia es el reconocimiento de medidas que pueden perjudicar de alguna manera a los trabajadores blancos del sindicato: ellos se beneficiaron de las políticas discriminatorias.

El plan se permite porque no se establece un sistema de despidos como en *Stots*, ni se establece la contratación de personal no cualificado. La sentencia *Sheet Metal* parece reconocer la posibilidad de que las personas beneficiadas por uno de los planes voluntarios sean personas no perjudicadas directamente, se acepta la justificación de discriminaciones pasadas generalizadas. Asimismo, se estableció que las *affirmative actions* van dirigidas a una clase determinada de personas más que a un individuo, por lo que ninguna persona individualmente tiene derecho a ese remedio.¹⁰⁸⁹

8. La sentencia *Wygant vs. Jackson Board of Education*

En *Wygant vs. Jackson Board of Education*¹⁰⁹⁰ se estudia la constitucionalidad del acuerdo colectivo de la Jackson Board of Education. El plan voluntario, firmado entre el sindicato y la escuela, establecía protecciones a los profesores que fueran miembros de alguna minoría racial en caso de despidos. Los trabajadores blancos no gozaban de esos beneficios. Tiempo después, en un programa en el que se contemplaba la rescisión de contratos de trabajo de parte del personal, varios profesores blancos, entre ellos la señora Wygant, fueron despedidos, mientras que conservaron su puesto varios profesores miembros de minorías raciales que contaban con menos antigüedad.

Los argumentos a favor del plan se basaban en el interés de corregir los efectos de las discriminaciones pasadas sobre la comunidad en su

¹⁰⁸⁹ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 65.

¹⁰⁹⁰ 476 U. S. (1986). Hodges-Aeberhard, Jane, “La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales”, cit., p. 282; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 50; Fredman, Sandra, “Affirmative Action and the European Court of Justice: A Critical Analysis”, en Hervey, Tamara K. y Kenner, Jeff (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford, Hart, 2003, p. 184.

conjunto, así como en convertir a los miembros del grupo de profesores en “modelos” con los cuales los estudiantes pudieran identificarse.¹⁰⁹¹ Una corte de distrito había considerado constitucional dicho plan; más tarde la sentencia fue confirmada por una corte de apelaciones. Finalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos, por cinco votos contra cuatro,¹⁰⁹² declara inconstitucional el uso de este tipo de *affirmative actions*. A la pregunta ¿deben personas inocentes cargar con las consecuencias de las políticas encaminadas a reparar los efectos de la discriminación histórica?, los magistrados Powell, Rehnquist, O’Connor y Burger responden negativamente: las *affirmative actions* establecen medidas que perjudican a gente inocente.¹⁰⁹³

9. La sentencia *Johnson vs. Transportation Agency, Santa Clara County*

En *Johnson vs. Transportation Agency, Santa Clara County*¹⁰⁹⁴ se analiza un plan voluntario de *affirmative actions* a favor de mujeres, diseñado por una empresa de transportes (Transportation Agency, Santa Clara County). El plan estaba motivado por la baja representación de las mujeres en ciertas categorías de trabajo considerados como “oficios cualificados” en el condado de Santa Clara, California. En el plan se afirma-

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, 267 (1986).

¹⁰⁹² A la decisión del magistrado Powell se adhieren los magistrados Rehnquist y Burger. La magistrada O’Connor acepta en parte lo dicho por Powell. El último voto de la mayoría fue un voto concurrente del magistrado White. Véase “The Nonperpetuation of Discrimination in Public Contracting: A Justification for State and Local Minority Business Set-Asides after Wygant”, *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987-1815, pp. 1797-1815.

¹⁰⁹³ 476 U. S. 229 (1986) “Discriminatory legal remedies that works against innocent people”.

¹⁰⁹⁴ 107 S. Ct. 1442 (1987). Para un análisis de esta sentencia véase Marks, Theresa, “Johnson vs. Santa Clara County Transportation Agency: Affirmative Action Expanded under Title VII”, *Golden Gate University Law Review*, vol. 18, 1988, pp. 567-587; Buckley, Margaret E., “Affirmative Action: Voluntary Affirmative Actions Plans under Title VII and the Equal Protection Clause”, *Geo. Wasch L. Review*, vol. 56, 1987-1988, pp. 711-735. En castellano puede verse Hodges-Aeberhard, Jane, “La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales”, *cit.*, p. 282 y 283; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, *cit.*, pp. 66 y 67; Añón García, José, “Argumentación y juicio de igualdad: las versiones el derecho europeo y el norteamericano”, *cit.*, p. 16, nota 19; Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, *cit.*, pp. 52 y 53; y Ballesterro, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, núm. 19, 1996.

ba que el objeto era alcanzar una mejor representación femenina que debía ser reflejada en las estadísticas anuales sobre contratación, formación y ascenso de mujeres y miembros de minorías. Además, se contemplaba la realización de evaluaciones anuales que sirvieran como guía en las decisiones que se tomaran en materia de empleo.

En 1979 se intenta cubrir una vacante de transportista; el director de la compañía, en aplicación del programa, escogió a una candidata que figuraba en tercer lugar en el sistema de puntajes, Diane Joyce, con 73 puntos. El señor Johnson que figuraba como mejor capacitado, con 75 puntos, demandó ante los tribunales el plan diseñado por la empresa por considerarlo contrario a la Ley de Derechos Civiles de 1964.

Para la Corte Suprema, el marcado desequilibrio estadístico era suficiente para considerar que la *affirmative action* no contradecía la prohibición de discriminación en el empleo que impone el título IV de la Ley de Derechos Civiles de 1964.¹⁰⁹⁵ Se agrega también que para justificar la adopción de un plan de *affirmative action* no se exigían pruebas de prácticas discriminatorias anteriores; ni siquiera una contravención demostrable de parte del empleador, sino que podía limitarse a señalar un desequilibrio patente en las diferentes categorías laborales. Bastará con que el empresario indique el área de trabajo en la que existe un desequilibrio manifiesto entre hombres y mujeres sin tener que basar su decisión en la existencia de una conducta discriminatoria previa.

Nótese que este plan a favor de las mujeres es analizado sin tanta severidad: no usa un escrutinio estricto, sino uno intermedio. Ya analizamos que este tipo de test fue usado por primera vez en *Craig vs. Boren*.¹⁰⁹⁶ Resulta paradójico entonces que el mismo tipo de planes remedio, es decir, aquellos que buscan la eliminación de la discriminación en el empleo de un determinado grupo sean analizados con diferente severidad.¹⁰⁹⁷ Esto provoca que la idea de discriminación social sea motivo suficiente para el uso de medidas remedio a favor de mujeres, cuestión que fue rechazada como argumento válido para la cuestión racial en *Wygant vs. Jackson Borrad of Education*.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ 107 S. Ct. 1452-57 (1987).

¹⁰⁹⁶ 429 U. S. 190 (1976).

¹⁰⁹⁷ Sin embargo, señala Dworkin, las clasificaciones raciales están tan estrechamente asociadas con los prejuicios para las minorías que algunas clasificaciones que parecen inocuas pueden resultar, después de un examen más profundo, constitucionalmente ofensivas para estos grupos. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Virtud soberana...*, *cit.*, p. 454.

¹⁰⁹⁸ 476 U. S. 271-274 (1986).

Lo anterior, recordemos, es consecuencia de la historia de discriminación racial. El uso de la raza ahora proscrito imposibilita las medidas remedio. No sucede lo mismo con las diferencias de género. La inconsistencia (desigualdad de tratamiento) es lamentable. Elisa Sierra habla de una incoherencia absurda: sería absurdo no aceptar la noción de la discriminación social para justificar las *affirmative actions* en el ámbito racial.¹⁰⁹⁹

10. *La sentencia United States vs. Paradise*

En *United States vs. Paradise*¹¹⁰⁰ se declara constitucional un sistema de cuotas creado para “eliminar los presentes efectos de las discriminaciones pasadas”.¹¹⁰¹ Los antecedentes de la demanda se remontan a 1972, año en que tras demostrarse la sistemática exclusión de los negros del departamento de policía del estado de Alabama, una corte de distrito impuso la obligación a dicho departamento de abstenerse de prácticas discriminatorias, así como de promover a los miembros de la raza negra dentro del departamento a través de una cuota temporal del 50% en las plazas vacantes, con la finalidad de que en un futuro el 25% de los puestos fuesen ocupados por ellos.¹¹⁰²

El departamento de policía acudió a una corte de apelaciones alegando que el sistema de cuotas impuesto por el juez inferior discriminaba a los blancos favoreciendo a los negros menos cualificados que sus colegas. Una corte de apelaciones confirma la decisión de la corte de distrito. No obstante, para 1979 ningún negro había logrado acceder a puestos de mando, por lo que se obligó a crear, en el plazo de un año, un procedimiento para la promoción. Un año después, la situación continuaba igual. En

¹⁰⁹⁹ Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 70, nota 74.

¹¹⁰⁰ 107 S. Ct. 1442 (1987). Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 51.

¹¹⁰¹ En los treinta y siete años de vida de la institución ningún negro había sido empleado por el departamento, por lo que el juez de primera instancia considera: “Este tribunal tiene la autoridad y la obligación no solamente de ordenar y terminar con las practicas discriminatorias, sino también de corregir y eliminar los efectos presentes de la discriminación pasada”. 340 F. Supp. 703 (M. D. Ala. 1972) Corte del Distrito de Alabama.

¹¹⁰² El Poder Judicial tiene un papel importante respecto de este tipo de *affirmative actions*, pues en Estados Unidos el uso de los que denominan *remedies* ha sido muy extendido. Los jueces tienen la libertad, en determinados supuestos, de imponer sus propias sanciones, por lo que es frecuente que cuando se falla contra una empresa en un caso de discriminación se obligue a la misma a adoptar planes de *affirmative actions*. Verkerke, J. Hault, “Compensating Victims of Preferential Employment Discrimination Remedies”, *The Yale Law Journal*, vol. 98, 1988-1989, pp. 1479-1500.

1983 la corte de distrito establece como medida provisional un sistema de cuotas con la meta de emplear un 25% de negros dentro del departamento hasta que se creara un sistema de promoción aceptable.¹¹⁰³ La decisión fue nuevamente recurrida ante una corte de apelaciones que falló a favor de los demandantes.

Finalmente, el asunto fue conocido por la Corte Suprema, quien consideró que el sistema diseñado por la corte de distrito era constitucional. La decisión de cinco votos contra cuatro fue redactada por el magistrado Brennan con la adhesión de Marshall, Blackmun y Powell y el voto concurrente de Stevens. El sistema de cuotas sobrevive al análisis estricto utilizado por la Corte Suprema: “it is narrowly tailored” to serve a “compelling governmental purpose”. Se considera que el sistema de cuota establecido era flexible, temporal, condicional y renunciabile.¹¹⁰⁴ El magistrado Brennan, ponente de la sentencia, concluye que el sistema de cuotas no contradice la Ley de Derechos Civiles de 1964, pues está plenamente justificada dada la discriminación que había sido llevado a cabo hasta entonces, y que califica de “pertinaz y deleznable”.

Vimos que las medidas que buscaban la no discriminación dentro de las empresas tienen su origen de los decretos presidenciales de la década de los sesenta. La idea era clara: luchar contra la discriminación en el ámbito privado. De esta forma se motivaba a las empresas contratistas y subcontratistas del gobierno a terminar con la discriminación existente. Poco tiempo después es evidente que incluso en el ámbito de la contratación existía una baja representación de empresas cuyos miembros fuesen minorías raciales. Pronto el Congreso de los Estados Unidos y los congresos locales se vieron en la necesidad de legislar a favor de las empresas cuyos miembros fuesen miembros de minorías infrarrepresentadas.

11. *La sentencia Richmond vs. J. A. Croson Corporation*

Estamos en la década de los ochenta, y nuevos cambios se presentan tras el retiro del magistrado Warren Burger de la Corte Suprema en 1986,

¹¹⁰³ La Corte de distrito considera que el sistema de cuotas era razonable porque: 1) era una medida temporal; 2) no requiere la remoción o el reemplazo de ningún miembro; 3) no requería la promoción de ningún policía negro no cualificado; 4) no perjudicaba los intereses de los policías blancos; y 5) está especialmente diseñada para revertir los efectos actuales de una discriminación pasada.

¹¹⁰⁴ Searl, Scout J., “United States vs. Paradise: Another Look at Alabama’s Hiring Quota”, *Creighton Law Review*, vol. 21, 1987-1988, pp. 303-331.

el presidente Reagan eleva al magistrado Rehnquist a *chief justice*. Se nombra a Anthony Kennedy y a Antonin Scalia en 1986 y 1987, respectivamente.¹¹⁰⁵ Las designaciones fueron consideradas un retroceso en la defensa de los derechos civiles: por primera vez en cincuenta años la Corte tiene un núcleo conservador.¹¹⁰⁶ Por fortuna, el intento del presidente Reagan por nombrar al juez Robert Bork como miembro de la Corte fue fallido.¹¹⁰⁷ Bork representaba el sector más radical del Poder Judicial de los Estados Unidos: no está de más aclarar que el conservadurismo judicial en los Estados Unidos está vinculado a una defensa férrea de los derechos de propiedad, pues se considera que cualquier intento por suprimirla es una falsa promesa de bienestar general.¹¹⁰⁸

La nueva integración de la Corte se reflejó en una sentencia sobre una *affirmative action*. Nos referimos a *Richmond vs. J. A. Croson Corporation*¹¹⁰⁹ de 1989, donde la Corte Suprema consideró inconstitucional un plan de la ciudad de Richmond que obligaba a los contratistas del sector de la construcción a incrementar a un 30% el número de subcontratistas cuyos accionistas pertenecían a minorías raciales (como negros, hispa-

¹¹⁰⁵ Ya en 1981 había tenido la oportunidad de nombrar a Sandra Day O'Connor.

¹¹⁰⁶ Neuborne planteó sus dudas sobre las actuaciones del magistrado Rehnquist: Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, cit., pp. 96 y 97.

¹¹⁰⁷ El nombramiento de Bork fue rechazado tras una lucha mediática sin precedentes en los Estados Unidos referente a la designación de un magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sobre un estudio a fondo de este episodio véase Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense de Madrid, 1989, y Smith, J. Clay Jr., "Bloody Crossroads: African Americans and the Bork Nomination. A Bibliographic Essay", *Harvard Blackletter Journal*, vol. 1, 1993, pp. 133-147.

¹¹⁰⁸ Schwartz, Bernard, "La Corte Suprema de los Estados Unidos: cambios recientes y tendencias futuras", en varios autores, *El derecho y los problemas contemporáneos. Libro del cincuentenario*, Córdoba, 1991, pp. 33-43. En realidad, el magistrado Kennedy ha decidido con argumentos menos conservadores, asumiendo el liderazgo de la supresión de la discriminación racial y sexual en la composición de los jurados populares. Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, cit., p. 148.

¹¹⁰⁹ 488 U. S. (1989) Sobre esta sentencia se consultó Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., pp. 51 y 52; Hooton, Angela D., "Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color: a Hopeless Paradox?", p. 396; Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 537; González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", cit., p. 340; y Rey Martínez, Fernando, "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre las *affirmative actions* basada en el género", cit., p. 9, nota. 4.

nohablantes u orientales). Es la primera sentencia sobre las *affirmative action* que se decide con el magistrado Rehnquist como presidente de la Corte Suprema.

El plan suponía un “remedio” promulgado con la intención de “promover una participación más extensa de las empresas en los proyectos públicos de la construcción”.¹¹¹⁰ El Estado intentaba remediar la discriminación social.¹¹¹¹ La Corte Suprema considera, en primer lugar, que no quedaba probado que la baja representación de minorías raciales en el negocio de la construcción se debiera a una discriminación pasada, así como tampoco que el plan fuera diseñado específicamente para remediar efectos de una previa discriminación, misma que debía estar “basada en una fuerte evidencia” o *strong basis in evidence*,¹¹¹² que hiciera necesaria el uso de *affirmative actions*, cuestión que no se cumplía, pues el plan consideraba a grupos raciales que no habían sido históricamente discriminados en la ciudad de Richmond.

La decisión se presenta dividida, ya que seis de los nueve magistrados consideraron que la norma era inconstitucional; de ellos, cinco señalaron que el test bajo el cual se debía analizar era el más estricto.¹¹¹³ La mayoría consideró que las clasificaciones basadas en la raza no podían ser justificadas como un remedio a la general discriminación social que ha desfavorecido a una minoría en el pasado.¹¹¹⁴ De lo anterior se desprende que sólo se justifican las clasificaciones raciales como remedio contra los efectos de la discriminación.

Otra decisión importante de la sentencia *Richmond vs. Croson* es que por primera vez la mayoría de la Corte Suprema declaró que el escrutinio estricto debe ser usado para analizar sólo los planes locales de *affirmative actions* que utilicen una base racial.¹¹¹⁵ Para la mayoría de los magistrados, la sec-

¹¹¹⁰ *Croson* 109 S.c.t. at 713, [Cuotas Richmond, va., city code, 12-158 (a)].

¹¹¹¹ La discriminación se intentó probar con la disparidad entre los contratos otorgados en el pasado a las empresas que pertenecían a minorías y el porcentaje real que representaban esas minorías en la población de la ciudad.

¹¹¹² 488 U. S. 500 (1989).

¹¹¹³ “...el estándar de control bajo la cláusula de igual protección de la ley no depende de la raza de aquellos que han sido perjudicados o beneficiados por una medida determinada”. *Croson*, 488 U. S. 494. En el mismo sentido el voto particular del juez Scalia.

¹¹¹⁴ 488 U. S. 490, (1989). Sin embargo, cuatro de estos magistrados consideraron que las *affirmative actions* podían ser utilizadas como compensación a las actuales víctimas de la discriminación racial, aunque el actor de las discriminaciones no estuviese hoy presente.

¹¹¹⁵ Hooton, Angela D., “Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color: a Hopeless Paradox?”, *cit.*, p. 396.

ción 5a. de la enmienda XIV habilita al Congreso, pero no a los congresos locales a ejecutar políticas relacionadas con la enmienda XIV.¹¹¹⁶

La magistrada O'Connor sostuvo que la ciudad de Richmond sólo podía alegar en forma apropiada un interés "apremiante" en la rectificación de los efectos continuos de la discriminación del pasado si había sido de hecho la autora de dicha injusticia, sea directamente, por sus propias prácticas discriminatorias, o "como participante pasiva de un sistema de exclusión racial practicado por individuos pertenecientes a la industria de la construcción local".¹¹¹⁷ De la misma opinión es el magistrado Scalia, quien argumenta, en una concepción conservadora, que sólo podía satisfacerse el escrutinio estricto si la compensación es realizada por aquellos que cometieron discriminaciones en contra de determinado colectivo.¹¹¹⁸ Por su parte, el magistrado Marshall, con un voto disidente, aboga por la utilización de un escrutinio intermedio por considerar que el escrutinio estricto era "estricto en teoría pero fatal de hecho".¹¹¹⁹

Para la Corte, la ciudad no había demostrado que su plan estuviera estrechamente relacionado con la rectificación de una discriminación propia. Podría ocurrir, se agrega, que hubiera muchas otras razones que explicaran por qué una raza particular estuvo inadecuadamente representada en una industria determinada, y no constituye un objetivo permisible del gobierno buscar la diversidad o la proporcionalidad racial como un objetivo independiente.

Para algunos, las medidas que buscan fines legítimos pueden tener resultados adversos, como perpetuar aquellas disparidades en el punto de partida, y ésta es una de las principales objeciones de las *affirmative actions* en Estados Unidos. ¿Las *affirmative actions* causan más daño que

¹¹¹⁶ Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 537.

¹¹¹⁷ 488 U. S. 492 (1989). Aunque ya hemos tenido ocasión de estudiar las posturas de la magistrada O'Connor, no está de más recordar que se le consideró conservadora. O'Connor fue nombrada por el presidente Reagan en 1981; tiene el mérito de ser la primera mujer que llegó a ocupar un puesto en la Corte Suprema. Sin embargo, no compartimos su postura respecto a las *affirmative actions*. Sobre la magistrada O'Connor: Lowenthal, Diane, "Justice Sandra Day O'Connor: The World's Most Powerful Jurist", *U. of Md. L. J. of Race, Religion, Gender & Class*, vol. 4, 2004, pp. 211-240, y Gottlieb, Stephen E., "Sandra Day O'Connor's Position on Discrimination", *U. of Md. L. J. of Race, Religion, Gender & Class*, vol. 4, 2004, pp. 241-256.

¹¹¹⁸ El mismo magistrado establece que las clasificaciones raciales son contrarias a la noción de "dignidad humana".

¹¹¹⁹ *Crososon* 109 S.c.t. at 752 (Marshall, J. voto disidente).

beneficio? Los críticos de las *affirmative actions* sostienen que estas medidas estigmatizan, y es precisamente ese argumento el que utilizó la magistrada O'Connor en la sentencia *Richmond*¹¹²⁰ para considerar que el plan era inconstitucional: “las clasificaciones basadas en la raza conllevan un peligro de daño estigmatizador. A menos que sean estrictamente reservadas para situaciones correctivas, pueden de hecho promover nociones de inferioridad racial y conducir a políticas de hostilidad”.¹¹²¹

Resulta paradójico que la sentencia *Richmond* declarara inconstitucional una *affirmative action* muy similar a la estudiada en el caso *Fullilove*; sentencia que había superado el examen de la Corte. El uso de criterios diferentes dependiendo de la instancia de que dimana fue justificado por la magistrada O'Connor por la supuesta facultad del Congreso federal de ejecutar las políticas relacionadas con la enmienda XIV, facultad de la que carecerían, según esta interpretación, los órganos legislativos locales. Ésa fue la razón para que se aplicara el escrutinio estricto, con las consecuencias ya expresadas.

Además, se reiteran los requerimientos asociados al *compelling interest* y al *narrowly tailored*. Después de esta aplicación estricta de la cláusula de igual protección de la ley, la Corte declaró que el plan no probaba un *compelling interest*, pues éste se basa en una general discriminación social.¹¹²² El plan, además, no era *narrowly tailored*: no existía una relación estrecha entre medios y fines.¹¹²³

12. La sentencia *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC*

El criterio que consistía en estudiar las *affirmative actions* bajo un escrutinio estricto fue rechazado en la sentencia *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC*,¹¹²⁴ que decidió juzgarlas bajo un escrutinio medio. La sentencia

¹¹²⁰ Véase *City of Richmond vs. J. A. Crosson Co.* 488 U. S. 493, 1989.

¹¹²¹ La idea de que las preferencias raciales conllevan una estigmatización provienen del voto disidente del magistrado Douglas, quien advirtiera en *DeFunis vs. Odegaard* que: “Un proceso de admisiones segregado sugiere la idea de estigmas y castas, no menos que la provocada por las aulas de clase segregadas, produciendo un resultado adverso a pesar de sus intenciones”. *DeFunis vs. Odegaard*, 416 E. U. 312, 342-44 (1974). Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, cit., pp. 160 y 161. Ya tuvimos ocasión de dar nuestra opinión sobre este argumento en el capítulo anterior.

¹¹²² 488 U. S. 506-507, (1989).

¹¹²³ 488 U. S. 507-508, (1989).

¹¹²⁴ 497 U. S. 547,564-65 (1990). Hooton, Angela D., “Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color: a Hopeless Paradox?”, cit., p. 397, y

conoce sobre un plan de *affirmative action* diseñado por la Comisión Federal de Comunicaciones —Federal Communications Comisión o FCC—, que establecía preferencias en el otorgamiento de licencias para la transmisión de señales de radio y televisión a las empresas cuyos miembros pertenecieran a minorías raciales. En segundo lugar estableció beneficios económicos especiales para las empresas que estuvieran formadas al menos por 50% de personas pertenecientes a grupos raciales minoritarios en el momento de la renovación de licencias. Las políticas estaban dirigidas a lograr una diversidad en los medios de comunicación.

La Corte Suprema conoce sobre la constitucionalidad de dos resoluciones de tribunales inferiores. La primera revocaba la concesión de una licencia a la empresa Winter Park Communications, y la concedía a otra empresa que contaba con mayoría hispana. En la segunda sentencia, fallada por una corte de distrito, se invalida la renovación de una concesión a la empresa Schurberg.

La Corte Suprema, en una decisión de cinco contra cuatro, señala que las políticas de preferencia adoptadas por la Comisión Federal de Comunicaciones superaba el escrutinio intermedio, pues el plan constituía un remedio eficaz en la búsqueda de la diversidad; objetivo suficientemente importante que por sí solo supera dicho escrutinio:¹¹²⁵ existía una relación entre las políticas tomadas por la FCC y el interés de promover la diversidad racial en la industria de las comunicaciones, lo que se traducía en una real integración de las minorías en el sector.¹¹²⁶

Para la Corte, una medida discriminatoria, pero bienintencionada, incluso si no tienen un carácter reparador en el sentido de compensar a quienes han padecido discriminaciones gubernamentales o sociales, es constitucionalmente admisible en tanto que sirvan a objetivos gubernamentales.

Rosenfeld, Michel, "Metro Broadcasting, Inc, v. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality", *UCLA Law Review*, vol. 38, 1990-1991, pp. 583-635.

¹¹²⁵ La sentencia utiliza preferencias usando como base la raza y el origen étnico. Sobre la igualdad, la Corte Suprema ha llegado a un consenso: la cláusula de igualdad requiere apoyar el igual valor, dignidad y respeto de todos los individuos, sin consideración de raza u origen étnico.

¹¹²⁶ Para Martín Vida, en esta sentencia se combinan los argumentos *backward-looking* y *forward-looking*, que traduce como retrospectivo y prospectivo, respectivamente. La promoción de la diversidad sería un objetivo prospectivo, mientras que el retrospectivo nos permitiría detectar como especialmente valiosos los puntos de vista de los grupos étnicos tradicionalmente excluidos del debate mediático. *Cfr.* Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales...*, *cit.*, pp. 160 y 161.

mentales importantes dentro del ámbito competencial del Congreso y que estén sustancialmente relacionadas a alcanzar tales objetivos.¹¹²⁷

Según Rosenfeld, la Corte Suprema tiene una actitud vacilante respecto de las *affirmative actions*, pues no acaba de definir bajo qué escrutinio debe ser analizado.¹¹²⁸ Así, en la sentencia *Metro* se establece que, tomando en cuenta que las *affirmative actions* están contenidas en una ley promulgada por el Congreso federal, éstas deben ser estudiadas en el marco de la cláusula de igual protección de la enmienda V, por lo que no estaría sujeta a un escrutinio estricto.¹¹²⁹

13. *La sentencia Adarand Constructors, Inc. vs. Pena: las affirmative actions en peligro*

El presidente George Bush (padre), tras las dimisiones de los magistrados Thurgood Marshall y William Brennan (quienes representaban el núcleo de la Corte Warren en pro de la igualdad), nombra, en 1991, a David Souter, un jurista poco conocido de New Hampshire, y a Clarence Thomas.¹¹³⁰ Ese mismo año, el 21 de noviembre, se dicta una nueva Ley

¹¹²⁷ 497 U. S. 564-565 (1990).

¹¹²⁸ Rosenfeld, Michel, “Metro Broadcasting, Inc. V. FCC...”, *cit.*, p. 583. Rosenfeld fundamenta su aseveración en opiniones previas de los magistrados; por ejemplo: O’Connor, J. En *Crosan*, 488 U. S. *Ibidem*, p. 588.

¹¹²⁹ Lo importante en esta sentencia, según Rosenfeld, es que los nueve magistrados que decidieron en el asunto *Metro* estuvieron de acuerdo en el significado de la igualdad constitucional y en considerar que, en su nivel más alto de abstracción, la cláusula de igualdad está diseñada para “defender el valor igualdad, la dignidad, y el respeto de todo individuo, sin consideraciones raciales o étnicas”. Rosenfeld, Michel, “Metro Broadcasting, Inc. V. FCC...”, *cit.*, pp. 585 y ss.

¹¹³⁰ Clarence Thomas no sólo ha estado en contra de las *affirmative actions*, parece estar en contra de todos los fallos que tratan de ampliar los derechos civiles. Por ejemplo, en la sentencia *Lawrence vs. Texas*, 123 Sct. 2472 (2003), donde la Corte considera inconstitucional una ley penal que tipificaba los actos sexuales entre homosexuales en el estado de Texas, Thomas emitió uno de los votos particulares en contra. Lo mismo hizo en la sentencia *Atkins vs. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002), fallo en el que se declara inconstitucional la pena de muerte de menores. Precisamente los magistrados que están en contra de las *affirmative actions* presentan posiciones más conservadoras en otros ámbitos. Sobre esto véase el estudio publicado por *People for the American Way Foundation*: “Desastre en la Corte Suprema 2005. Las libertades constitucionales y la protecciones legales americanas son amenazadas por un movimiento radical”. En línea: <http://media.pfaw.org/CDspanish.pdf> (se accedió a la página el 15 de noviembre de 2005). Los votos disidentes del magistrado Scalia son tristemente célebres por sus tenaces argumentos a favor de reducir los derechos civiles a lo estrictamente reconocido por la Constitución. En un discurso en 2003

de Derechos Civiles, que introdujo las más importantes modificaciones en materia de derecho antidiscriminatorio. La ley reforma el título VII de la ley de 1964. Las circunstancias en las que se da la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de 1991 fueron muy diferentes a las de 1964.¹¹³¹ En 1964 las discusiones se dieron entre el presidente y el Congreso; en 1991, la polémica se daba en el Senado. La discusión no era libre, ya que se conocían los precedentes jurisprudenciales que demostraban la predisposición en contra de las *affirmative actions* por parte de la Corte; al mismo tiempo se presumía que los afectados por las *affirmative actions* eran víctimas de la *reverse discrimination*.¹¹³²

La ley abre la posibilidad de usar las *affirmative actions* en los casos de infrarrepresentación de minorías, incluyendo a las mujeres; sin embargo, dio marcha atrás en la implementación de medidas incisivas, como el sistema de cuotas, favoreciendo la adopción de medidas neutras, salvo que cualquiera de esas medidas hubiera resultado ineficaz para poner fin a la arraigada figura de la discriminación o cuando las estadísticas demostraran una notable infrarrepresentación de un determinado colectivo. En estos casos le corresponde al empleador revertir la presunción demostrando que el proceso de contratación aparentemente discriminatorio es necesario para el trabajo de que se trate o por necesidad del negocio.¹¹³³

Para Alfred Blumrosen, la omisión de la palabra “cuota” en la Ley de Derechos Civiles de 1991 se debió al rechazo por parte de la Corte Suprema de los planes que usaban cuotas para alcanzar sus objetivos. Precisamente la definición de “cuota” en la sentencia *Sheet Metal Workers*,¹¹³⁴ como una fórmula rígida en la que no se toman en cuenta las cualificaciones personales, tornó complicado el uso del sistema de cuotas en la Ley. No obstante, los planes de *affirmative action* nunca requirieron ac-

comentó que la mayoría de nuestros derechos “van más allá de lo que requiere la Constitución” y escalofriantemente sugirió que, en tiempos de guerra, se puede esperar que los derechos civiles sean “reducidos a su mínima expresión”. Lo anterior es una clara referencia a los prisioneros de Guantánamo. *Ibidem*, p. 47.

¹¹³¹ Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, cit., p. 146.

¹¹³² *Wards Cove Packing Co. vs. Antonio*, 490 U. S. 642, 652-653 (1989) y *Watson vs. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, 993 (1988). Blumrosen, Alfred W., “The Society in Transition IV: Affirmation of Affirmative Action under the Civil Rights Act of 1991”, *Rutgers Law Review*, vol. 45, 1992-1993, p. 908.

¹¹³³ Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, cit., p. 179.

¹¹³⁴ 478 U. S. 495, (1986).

ciones irreflexivas de parte del empleador: las metas y los calendarios de los programas son sensibles a las exigencias del mercado de trabajo.¹¹³⁵

El criterio favorable a las *affirmative actions* cambia como consecuencia de la nueva integración de la Corte. En 1992, el grupo a favor de la igualdad de la Corte consistía sólo en el magistrado Blackmun y Stevens. Entre los conservadores¹¹³⁶ se contaba a Renhquist, Scalia, Thomas Clarence y el magistrado Byron J. White —quien votaba con frecuencia con este bloque—. ¹¹³⁷ Otro miembro de la Corte en aquellos años era la magistrada O'Connor, a quien no se le considera radical como a sus compañeros Scalia o Thomas; sin embargo, sus opiniones acerca de las *affirmative actions* habían sido bastante restrictivas. La conformación de la Corte “presagiaba” una contrarrevolución constitucional. No obstante, el nuevo presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, designa, en 1993, a la moderada Ruth Bader Ginsburg, una jueza federal de una corte de apelaciones. Otro cambio habría de llegar tras el retiro de Harry Blackmun sustituido por Stephen G. Breyer.¹¹³⁸

La política del Poder Ejecutivo respecto a las *affirmative actions* fue intentar legitimarlas con el argumento de la diversidad y de la necesidad de recudir la desigualdad de oportunidades; se presentaron como algo ventajoso y enriquecedor para el conjunto de la sociedad norteamericana, y no sólo para aquellos que directamente se benefician de ella.¹¹³⁹

¹¹³⁵ Blumrosen, Alfred W., “The Society in Transition IV: Affirmation of Affirmative Action Under the Civil Rights Act of 1991”, *cit.*, p. 916; Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, *cit.*, pp. 90 y ss.

¹¹³⁶ Se ha discutido mucho acerca de la relación entre las posiciones ideológicas —de “derecha” e “izquierda”, “conservadoras” o “liberales”— de los miembros de la Corte y sus pronunciamientos en las sentencias. Se llegó incluso a crear un sistema donde, al ordenar a los magistrados en un tabulador, se mostraba el grado de desacuerdo que mostraban con las opiniones mayoritarias, así como las posiciones ideológicas de los magistrados: de derecha, izquierda o de centro. Para Pritchett, creador de este método, se “provee de un tipo de rayos X en las decisiones de la Corte”. Pritchett, *Civil Liberties and the vision Court*, 1954, p. 178. Citado por Ulmer, Sidney S., “Polar Classification of Supreme Court Justice”, *South Carolina Law Quarterly*, vol. 12, 1959-1960, pp. 407-417.

¹¹³⁷ Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, *cit.*, p. 146.

¹¹³⁸ *Ibidem*, pp. 146 y 147. En realidad algunos magistrados nombrados por los presidentes Reagan o Bush (padre) han adoptado una posición menos radical de la que se esperaba. Los magistrados O'Connor, Souter y Kennedy actuaron en ocasiones como un bloque intermedio. Es el caso de las sentencias *Planned Parenthood vs. Casey* (1993).

¹¹³⁹ Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos” *cit.*, p. 179. Bajo la presidencia de Clinton se nombra a los magistrados Ruth B. Ginsburg en 1993 y a Stephen G. Breyer (1994).

Pues bien, en 1995 otro desafío a la igualdad de oportunidades se presenta con la sentencia *Adarand Constructors, Inc. vs. Peña*.¹¹⁴⁰ La empresa Adarand se cuestiona la constitucionalidad de una ley federal¹¹⁴¹ que obligaba a reservar el 10% de los contratos a las empresas propiedad de “individuos con desventajas sociales”.¹¹⁴² De esta forma, la empresa propiedad de Randy Peck —un hombre blanco—, después de presentar las cotizaciones más bajas para lograr un contrato para la construcción de una autopista, fue descalificada, adjudicándose la licitación a una constructora propiedad de hispanoamericanos; empresa que ofrecía una construcción más lenta y costos más altos.¹¹⁴³ Poco después, Randy Peck decide llevar el asunto a los tribunales. En las dos primeras instancias se estableció la constitucionalidad de la ley federal: el gobierno nacional tenía facultad para usar el criterio racial en este tipo de normas.

La Corte Suprema, bajo la ponencia de O'Connor,¹¹⁴⁴ anula las sentencias de los tribunales inferiores para señalar que incluso las normas

¹¹⁴⁰ 515 U. S. 200 (1995). Sobre esta sentencia véase Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., p. 94; Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp 516-531; Dietrich, Karen B., “Federal Affirmative Action after Adarand Constructor vs. Peña”, *North Carolina Law Review*, vol. 74, 1995-1996, pp. 1259-1293; Hooton, Ángela D., “Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color: a Hopeless Paradox?”, cit., p. 397; Fredman, Sandra, “Affirmative Action and the European Court of Justice...”, cit., pp. 185 y ss.; Dworkin, Ronald, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, cit., pp. 419 y ss.; y Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, cit., pp. 54 y ss.

¹¹⁴¹ La Ley federal Small Business Act.

¹¹⁴² Nótese que habla de grupos con desventaja social y no de la raza. Esto es así en función de lo dispuesto en la reciente Ley de Derechos Civiles de 1991, donde se estipulaba la preferencia a las clasificaciones neutrales.

¹¹⁴³ La empresa contaba con el certificado de DBE o Disadvantage Business Enterprise; certificado que le acredita como compañía perteneciente y gestionada por individuos social y económicamente desfavorecidos. Serían individuos socialmente desfavorecidos, según el texto de la SBA, que recoge la sentencia, aquellos que “han estado sujetos o prejuicios basados en la raza, la etnia o la cultura en razón a su identidad como miembros de un grupo, y sin consideración de sus cualidades individuales”. Serían miembros económicamente desfavorecidos aquellos individuos “cuyas habilidades para competir en el sistema de libre empresa han sido limitadas debido a la disparidad de oportunidades en el capital y en el acceso a créditos en comparación con otros en la misma área de negocios que no tiene la misma desventaja social”. La traducción es nuestra. El texto en inglés puede verse en Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, cit., p. 55, nota 71.

¹¹⁴⁴ A favor del fallo en lo principal estuvieron Renhquist, Scalia y Kennedy y Thomas. Discreparon los jueces Stevens, Ginsburgs, Breyer y Souter. En su voto particular el magistrado Scalia señaló: “A los ojos del gobierno sólo puede haber una raza: la del pue-

emanadas del Congreso federal debían ser revisadas bajo un escrutinio estricto: los estándares de revisión deben ser idénticos tanto si se estudian bajo la enmienda V como si se realizan bajo la enmienda XIV, es decir, en todos los asuntos donde se conozca sobre clasificaciones basadas en la raza el escrutinio que se debe utilizar es el más estricto. Lo anterior es considerado como una inconsistencia de las decisiones de la Corte, pues los magistrados ignoraron el precedente de *Metro*.¹¹⁴⁵

En páginas anteriores señalamos que en la sentencia *Bolling vs. Sharpe*,¹¹⁴⁶ de 1954, la Corte equipara el mandato de la enmienda XIV al que están obligados los estados de la Federación con lo dispuesto en la enmienda V, que obligaba al gobierno federal. Pues bien, este precedente es usado por la Corte para justificar el uso del escrutinio estricto sin importar el órgano del que dimana la norma impugnada. La sentencia hace un recuento de los fallos donde la propia Corte señaló que las clasificaciones raciales son odiosas, como en *Hirabayashi vs. United States*¹¹⁴⁷ o *Korematsu vs. United States*.¹¹⁴⁸

Después de esto, la Corte se pregunta si las acciones gubernamentales basadas en diferencias raciales diseñadas para beneficiar debían ser sujetas al mismo escrutinio que aquellas diseñadas para perjudicar. La pregunta, tristemente, se contesta de forma afirmativa. Para esto se recuerda la sentencia *Bakke*: “la garantía de la igual protección de la ley no puede significar una cosa cuando se aplica a un individuo y otra cosa diferente cuando se aplica a una persona de otra raza”.¹¹⁴⁹ Pero, sobre todo, en lo dicho en la sentencia *Crosson*, de la que deduce los siguientes principios:¹¹⁵⁰ 1) escepticismo: “cualquier preferencia basada en criterios raciales o étnicos debe ser necesariamente sometida al más severo de los controles”,¹¹⁵¹ 2) sistematicidad: “el estándar de control bajo la cláusula

blo norteamericano”. Más radical es la visión de Thomas, quien declara que la discriminación positiva es paternalista y anuladora de la libertad, impidiendo a los negros competir en situación de igualdad, y demostrar su auténtica valía. Sobre esto véase Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p 538.

¹¹⁴⁵ Baez, Benjamin, “The Supreme Court and Affirmative Action: Narratives about Race and Justice”, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. 18, 1999, p. 429.

¹¹⁴⁶ 347 U. S. 497 (1954).

¹¹⁴⁷ 320 U. S. 81 (1944).

¹¹⁴⁸ 323 U. S. 314 (1944).

¹¹⁴⁹ 438 U. S. 289-290 (1978).

¹¹⁵⁰ 515 U. S. 225 (1995).

¹¹⁵¹ Entre otras sentencias cita: *Wygant vs. Jackson Board of Education* 476 U. S. 273 (1986), *Fullilove vs. Klutznick* 448 U. S. 491 (1980).

de protección equitativa no depende de la raza de aquellos que han sido perjudicados o beneficiados por una medida determinada”,¹¹⁵² 3) congruencia: “la cláusula de igual protección de la ley de la V enmienda tiene el mismo sentido que la enmienda XIV”.¹¹⁵³

¿Cómo justificar entonces el cambio de criterio de la sentencia *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC* que establecía obligaciones diferentes dependiendo de las distintas instancias? La Corte ahora señala que en la sentencia *Metro Broadcasting Inc. vs. FCC* se dio “un giro sorpresivo”¹¹⁵⁴ sobre lo que era una jurisprudencia reiterada; que sería inconcebible que la Constitución impusiera una obligación menor al gobierno federal que a los estados en relación con la igual protección de ley.

La sentencia *Adarand* representa el actual criterio de la Corte referente al uso del escrutinio estricto en materia de *affirmative actions*: “La discriminación presente o pasada contra alguna minoría debe acreditarse, antes que asumirse; además, el proponente debe demostrar que el programa sólo beneficia a las víctimas de previas discriminaciones”.¹¹⁵⁵ Aunque la Corte Suprema utiliza un escrutinio estricto, considera que existen suficientes razones para superarlo. Sobre esto la juez O’Connor señaló: “deseamos rechazar la idea de que el escrutinio estricto resulta estricto en teoría, pero fatal de hecho”. En *Adarand* se establece que las clasificaciones raciales bien intencionadas son constitucionalmente admisibles.¹¹⁵⁶

A raíz de la sentencia *Adarand* las *affirmative actions* entran en crisis. Esto tiene una relación directa con la composición de la Corte. Recordemos que la presidencia de la Corte estaba en manos del conservador Renhquist. Lo paradójico es que la Corte es considerada una de las más activistas de la historia, incluso más que la Corte Warren. La diferencia es que mientras que la Corte Warren solía fallar a favor de las normas que dictaba el Congreso a favor de los derechos civiles, la Corte Renhquist suele invalidarlas.¹¹⁵⁷

¹¹⁵² Para esto cita: *City of Richmond vs. J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 494 (1989), y *Regents of Univ. of Calif. vs. Bakke*, 438 U. S. 289-290 (1978).

¹¹⁵³ Para esto cita *Bucley vs. Valeo*, 424 U. S.

¹¹⁵⁴ 515 U. S. 225 (1995).

¹¹⁵⁵ 515 U. S. (1995) 228-29. La Corte señaló que es este tipo de discriminación racial la que prohíbe la cláusula de igualdad constitucional, sin importar si el objetivo de tal medida sea el de beneficiar a miembros de una raza o clase étnica en particular, concluyendo que la acción afirmativa perjudica a las minorías al reforzar estereotipos raciales.

¹¹⁵⁶ 515 U. S. 225 (1995).

¹¹⁵⁷ Criado, Marcos y Cabo, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, p. 334.

En *Rimel vs. Florida Board of Regents*,¹¹⁵⁸ la Corte anula las intenciones antidiscriminatorias de la Age Discrimination Employment Act (ADEA). La ley prohíbe la no contratación, el despido o discriminación por razón de edad. El asunto llegó a la Corte luego de que tres grupos de empleados de gobiernos locales reclamaron indemnizaciones por la violación de estas disposiciones por parte de los estados de Florida y Alabama. Para la Corte Suprema las disposiciones de la ADEA no estaban amparadas por la enmienda XIV. Para esta sentencia, la Corte se fundamentó en las ideas del nuevo federalismo, limitando así las facultades del Congreso para promulgar leyes que afecten la soberanía de los estados.¹¹⁵⁹ Más tarde, en el asunto *City of Borne vs. Flores*,¹¹⁶⁰ aplicando el test de congruencia y proporcionalidad, se señaló que no existen pruebas de discriminación anterior, por tanto, la medida tenía carácter “profiláctico”, lo que no está amparado por la sección 5 de la enmienda XIV.

14. *Antecedentes de las sentencias Grutter vs. Bollinger y Gratz vs. Bollinger*

En la campaña del actual presidente George W. Bush, el discurso era contrario a las *affirmative actions*: pocas esperanzas tenían los defensores de aquellos planes. No obstante, en 2003 se fallaron dos sentencias que parecen ser las más importantes sobre la igualdad desde 1979, año en que fue fallada la sentencia *Bakke*. Nos referimos a *Gratz vs. Bollinger* y *Grutter vs. Bollinger*; sentencias que unifican los criterios sobre la utilización de *affirmative actions* en los sistemas de admisión de estudiantes de las universidades públicas. Parece indispensable que analicemos lo dicho por los tribunales inferiores después de la sentencia *Bakke*.

En el caso de *Howood vs. Texas*,¹¹⁶¹ por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito declaró inconstitucional un plan de la Texas Law Scholl, que establecía preferencias a favor de minorías raciales —afroamericanos y mexicano-norteamericanos—. Se señala que el plan era contrario a la XIV enmienda, ya que a criterio de la mayoría de los miembros de la

¹¹⁵⁸ 120 S. ct. 631 (2000).

¹¹⁵⁹ Sobre la idea del nuevo federalismo véase Criado, Marcos y Cabo, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1998”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999, pp. 271 y ss.

¹¹⁶⁰ 521 U. S. 507 (1997).

¹¹⁶¹ 78 F. 3d 962 (5th. Cir. 1996).

Corte la diversidad racial no remediaba los efectos de las discriminaciones pasadas.¹¹⁶² Dos de los tres jueces declararon que las decisiones recientes de la Corte Suprema sobre políticas de *affirmative actions* habían invalidado el principio establecido en *Bakke*.

El magistrado Smith fundamentó su negativa en tres cuestiones, a saber: 1) los argumentos del magistrado Powell en la sentencia *Bakke* no eran vinculantes; 2) ningún caso después de la opinión de Powell en *Bakke* había aceptado la diversidad racial como de interés apremiante;¹¹⁶³ 3) previas decisiones de la Corte habían dejado establecido que sólo con objeto de remediar efectos de discriminaciones pasadas se podía superar el escrutinio estricto utilizado por la Corte.¹¹⁶⁴ En Richmond, por ejemplo (señala la sentencia de la Corte de apelaciones), la Corte Suprema había establecido una nueva regla que señalaba que ninguna institución puede utilizar por ningún motivo una clasificación racial, salvo para remediar los efectos continuados de su propia discriminación directa o indirecta, por lo que cualquier plan de discriminación positiva en las universidades resulta ahora inconstitucional.¹¹⁶⁵

No se considera que la decisión del tribunal en *Richmond* implique que la Texas Law School no pudiera satisfacer dicha prueba, pues no establece un principio general bajo el cual deban analizarse todos los casos de *affirmative actions*. Se refiere a cierto tipo de planes en un ámbito determinado (el de la construcción). Además, el escrutinio estricto no significa forzosamente que las *affirmative actions* sean entendidas *a priori*

¹¹⁶² Hopwood II, 78 F. 3d, 932. Véase Swink, Dawn R., "Back to Bakke", *cit.*, p. 230; Forbath William E. y Torres, Gerald, "Merit and Diversity After Hooood", *Stanford Law and Policy Review*, vol. 10, 1998-1999, pp. 185-190, y Bhagwat, Ashutosh, "Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis", *California Law Review*, vol. 85, 1997, pp. 297-369.

¹¹⁶³ La Corte Suprema nunca consideró que la diversidad racial debiera ser tomada en cuenta como un interés apremiante del Estado, pues, aunque el magistrado Powell declarase que la diversidad racial en las universidades públicas era de interés primordial, la sentencia consideró que el sistema de cuotas era inconstitucional. 78 F. 3d, 932, 964 (5 Cir.1996).

¹¹⁶⁴ Hopwood II, 78 F. 3d, 962. La decisión del tribunal de apelaciones en Hopwood sólo es vinculante para los tribunales inferiores de Texas, Luisiana y Mississippi. Sin embargo, los estados de Luisiana y Mississippi siguen aplicando preferencias raciales en sus universidades amparándose en que una corte federal ordenó dar marcha atrás a la segregación en la educación. Véase Young, Cathy, "The High Price of racial Preferences", *Boston Globe* A15. Disponible en: <http://www.boston.com/news/globe/>, se accedió a la página el 14 de agosto del 2001.

¹¹⁶⁵ Hopwood II, 78 F. 3d, 932, *cert. denied*, 116 S. CT. 2581 (1996).

como inconstitucionales. Esto mismo lo había señalado la magistrada O'Connor en la sentencia *Richmond*.

Dado que la universidad decidió abstenerse de recurrir la sentencia ante la Corte Suprema, la doctrina *Howood* siguió en vigor.¹¹⁶⁶ Ésta es la visión más restringida en el ámbito de la educación del interés apremiante, visión que también sigue la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia con la sentencia *Lutheran Church Missouri Synod vs. FCC*.¹¹⁶⁷ Sin embargo, este criterio no es unánime; en otros tres circuitos se ha interpretado la doctrina de “compelling interest” de una forma menos severa, al establecer que la Corte Suprema no estableció que el interés del Estado en remediar efectos de discriminaciones pasadas fuese el único objetivo que pudiera considerarse apremiante.

En la sentencia *Wittmer vs. Peters*,¹¹⁶⁸ la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito conoció sobre el sistema de preferencias raciales que se utilizó para crear el cuerpo de oficiales de una prisión, preferencias que se justificaban con el hecho de que los prisioneros eran en su mayoría negros (68%), por lo que el plan de “pacificación y reforma” no podía tener éxito sin una proporción razonable de afroamericanos, pues lo contrario daría lugar a descontentos entre los residentes del penal: la diversidad racial en el cuerpo de oficiales de un penal era de interés tal que superaba el escrutinio estricto al que fue sometida.

Otro caso es el de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, que en la sentencia *Hunter ex rel. Brandt vs. Regents of University of California*¹¹⁶⁹ califica de interés apremiante del Estado el que se promoviera la diversidad racial dentro de la Universidad de California mediante un plan que facilitaba el acceso de estudiantes afroamericanos. La Corte estableció que: “La Corte Suprema nunca ha considerado que sólo el interés del Estado en remediar efectos de la discriminación puede salvar el escrutinio estricto”.¹¹⁷⁰

Por último, una corte de distrito, en la sentencia *Brewer vs. West Irondequoit Central School District*,¹¹⁷¹ conoció de un caso de planes de dos

¹¹⁶⁶ Para un análisis en detalle de las sentencias sobre *affirmative action* véase Swink, Dawn R., “Back to Bakke: Affirmative Action Revisited in Educational Diversity”, *B. Y. C. Education and Law Journal*, vol. 1, 2003, pp. 211-256.

¹¹⁶⁷ 141 F. 3d, 344 D. C. Cir. (1988).

¹¹⁶⁸ 87 F. 3d, 916 7th. Cir. (1996).

¹¹⁶⁹ 190 F. 3d, 1061 (9th. Cir. 1999).

¹¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 1064.

¹¹⁷¹ 212 F. 3d, 738 (2d Cir. 2000).

colegios del estado de Nueva York que consistían en permitir que alumnos negros fueran transferidos a un distrito urbano de mayoría blanca. Los planes tenían como propósito reducir el “aislamiento racial”. Se consideró que, ya que la Corte Suprema no especificó que sólo se considerasen de interés apremiante o *compelling interest* a las acciones que remediaban efectos de discriminaciones pasadas, se podría considerar que también los planes de dichos colegios eran de interés apremiante.

A. *Grutter vs. Bollinger: ¿la última palabra sobre las affirmative actions en las universidades?*

“El Supremo de EE. UU. da un apoyo limitado a la discriminación positiva racial en la Universidad”. Este titular puede leerse en el diario *El País* del 24 de junio de 2003.¹¹⁷² La sentencia se anuncia como “la más importante en esta cuestión en los últimos veinticinco años”. El fallo del máximo tribunal norteamericano considera, por cinco votos contra cuatro, que las *affirmative actions* de las universidades, es decir, los planes diseñados para aumentar el número de estudiantes pertenecientes a grupos raciales minoritarios, son constitucionales cuando están diseñados para lograr una diversidad racial en la educación.

Pero ¿qué significa realmente esta sentencia de la Corte Suprema? *Grutter y Bollinger* son dos sentencias complejas donde las posiciones de los magistrados en determinadas posiciones convergen y en otras disienten abiertamente.¹¹⁷³ Seguramente no será la última palabra en lo concerniente a las *affirmative actions*. No obstante, parece que algunas cuestiones de la discusión sobre las acciones positivas han quedado saldadas. El reconocimiento de la diversidad como un objetivo de interés primordial en el terreno de la educación es una de ellas. Las sentencias antes descritas son mucho más que una simple resolución acerca de la posición de la Corte

¹¹⁷² Pino, Javier del, “El Supremo de EE. UU. da su apoyo limitado a la discriminación positiva racial en la universidad”, *El País*, Madrid, 24 de junio de 2003, p. 30.

¹¹⁷³ Existen siete votos razonados en la sentencia *Grutter*: magistrado O’Connor, opinión mayoritaria; magistrado Ginsburg, concurrente; magistrado Scalia, concurrente en parte disidente en parte; magistrado Thomas, concurrente en parte disidente en parte; magistrado presidente Rehnquist, disidente, y la del magistrado Kennedy, disidente. En la sentencia *Gatz*: magistrado presidente Rehnquist, opinión mayoritaria; magistrado O’Connor, concurrente; magistrado Thomas, concurrente; magistrado Breyer, concurrente; magistrado Souter, disidente; magistrado Ginsburg, disidente, y magistrado Stevens, disidente.

con respecto a la diversidad. Las sentencias son un ejemplo del elaborado juicio que realiza el máximo tribunal norteamericano para conocer la constitucionalidad de determinados actos, concretamente los planes que contienen acciones positivas, y que presuntamente violan el principio de igualdad contenido en la enmienda XIV de la Constitución.

En la sentencia *Grutter vs. Bollinger* se resuelve la demanda de Barbara Grutter, quien fue rechazada de la Universidad de Michigan en 1997 tras haber solicitado su ingreso a la Facultad de Derecho, mientras se aceptaban otros estudiantes pertenecientes a minorías raciales cuyos expedientes académicos eran menos calificados que el de ella. Grutter argumentaba que este acto fue consecuencia de la utilización “predominante” de factores raciales para el acceso a la Facultad de Derecho de la Universidad —cuestión rechazada por Powell en la sentencia *Bakke*—, así como que no existe un interés apremiante o *compelling interest* que justifique el uso de clasificaciones raciales, cuestión que violaba la cláusula de igual protección de la enmienda XIV, así como el título VI de la Ley de derechos Civiles de 1964.¹¹⁷⁴

La Universidad de Michigan, donde sólo el 8% de los estudiantes son afroamericanos y únicamente el 5% latinos, argumentó que incrementar la diversidad étnica del cuerpo estudiantil mejora la calidad educativa para todos los alumnos. Además, agregaron en su defensa que la diversidad entre los estudiantes los prepara para enfrentar un mundo y una economía cada vez más internacional y multicultural.¹¹⁷⁵ Los demandantes, por su parte, cuestionan la aseveración hecha por la Universidad acerca de que la diversidad racial sea objetivo de interés primordial para el Estado y que justifique las clasificaciones raciales.

En una primera instancia, una corte de distrito, interpretando la sentencia *Bakke*, sostuvo que la diversidad racial no constituía un remedio

¹¹⁷⁴ *Grutter vs. Bolinger* 123 S. Ct. 2325, 2347 (2003).

¹¹⁷⁵ La Universidad presentó como prueba un interesante estudio que demuestra las ventajas de estudiar en un ambiente diversificado. El estudio puede encontrarse en Gurin, Patricia, “The compelling Need for diversity in higher Education”, www.umich.edu/~urel/admissions/legal/expert/, se accedió a la página el 14 de agosto de 2003. Sobre esta sentencia véase Mora, Sabine, “Simposium, Diversity on Trial: Grutter vs. Bollinger”, *Texas. Hisp. Journal Law and Pol.*, vol. 9, 2002, p. 9; Treviño, David J., “The Currency of Reparations: Affirmative Action in College Admissions”, *The Scholar*, 2001-2002, pp. 455-462; Karst, Kenneth L., “The Revival of Forward-Looking Affirmative Action”, *Columbia Law Review*, vol. 104, núm. 60, 2004, pp. 60-74, y Michelle, Adams, “Searching for Strict Scrutiny in Grutter vs. Bollinger”, *Tulane Law Review*, vol. 78, 2003-2004, pp. 1941-1954.

efectivo de los daños causados por las discriminaciones pasadas, por lo que las políticas de admisión de la Universidad no constituían un medio idóneo para conseguir ese interés (*narrowly tailored*). La corte de apelaciones, en una segunda instancia, revoca la sentencia argumentando que las políticas de admisiones se adecuan a lo establecido por Powell respecto a considerar a la raza como un factor más a tomar en cuenta para el ingreso a las universidades,¹¹⁷⁶ además de que el programa es virtualmente idéntico al establecido por el magistrado Powell en el caso *Bakke*.

El caso llega al Corte Suprema, que, en una decisión de cinco a cuatro, consideró constitucional el tomar en cuenta el origen racial de un estudiante, pues de esta forma se favorece a las minorías en las admisiones a las universidades públicas de Estados Unidos; según los jueces, el origen racial o étnico de un estudiante puede ser uno de los diversos factores que deben considerar las universidades a la hora de seleccionarlos. Lo anterior vino a ratificar la opinión del magistrado Powell en la sentencia *Bakke*.¹¹⁷⁷

Se sostiene que la diversidad racial es un interés apremiante, reconociendo así la importancia del propósito de expandir la libertad de expresión de las universidades públicas y la relación de esa libertad con el ambiente universitario. Se destacan los beneficios que un ambiente diversificado en la universidad produce en la sociedad en general.¹¹⁷⁸ Es decir, la diversidad racial es ahora considerada por la Corte de interés primordial (*compelling interest*).

De esta forma, la Corte no establece un nuevo criterio, sino que confirma lo dicho por Powell en la citada sentencia *Bakke* y que había dado lugar a interpretaciones diversas, recordando que un programa sensible a la raza o *race-conscious* no debe consistir en un sistema de cuotas rígido, pues el factor racial es sólo uno más que valorar,¹¹⁷⁹ que no debe usarse mecánicamente; requisito que cumple el sistema establecido por la Universidad de Michigan. Además, el plan debe ser temporal, pues nunca se debe extender más allá de lo que el interés demande.

¹¹⁷⁶ “[The race] is only one element in a range of factors a university properly may consider in attaining the goal of a heterogeneous student body” *Regents of Univ. Of Calif. vs. Bakke*, 438 U. S. 314. (1978).

¹¹⁷⁷ *Regents of Univ. Of Calif. vs. Bakke*, 438 U.S. 265, 317 (1978). El magistrado Powell sostuvo que la raza es un factor que en algunos casos puede servir para configurar el interés primordial del Estado en los sistemas de admisiones de las universidades.

¹¹⁷⁸ *Grutter vs. Bolinger* 123 S. Ct. at 2339.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 2339 y 2340.

De nuevo los antecedentes de la sentencia *Bakke* son esenciales, pues según Powell, la raza es un factor, entre otros, a tomarse en cuenta para establecer un sistema de admisiones, por lo que la universidad debe considerar otros elementos. La magistrada O'Connor señala, como Powell, que la enmienda XIV protege individuos, no grupos.¹¹⁸⁰

B. *La sentencia Gratz vs. Bollinger*

El mismo día, en la sentencia *Gratz vs. Bollinger*, la Corte Suprema estudia la constitucionalidad de las políticas de admisión de la de Universidad de Michigan.¹¹⁸¹ El plan de admisiones contemplaba, tras la distribución de puntos para todos los aspirantes bajo criterios comunes (como los antecedentes académicos o el *curriculum* personal), la asignación de 20 puntos a los integrantes de grupos infrarrepresentados.

La corte de apelaciones había señalado en este caso que la diversidad no ayuda a revertir los efectos de las discriminaciones anteriores, ratificando lo dicho en *Hopwood*, lo que viene a fortalecer un criterio restrictivo de la doctrina del *Color-blind*, y la visión formalista de la cláusula de igual protección de las leyes.

La Corte Suprema declara, por seis votos contra cuatro, que el sistema utilizado por la Universidad de Michigan para las admisiones a los cursos universitarios es inconstitucional, considerando que no existe una relación idónea (*narrowly tailored*) entre el interés de lograr una diversidad racial (ahora constitucional) y el sistema de admisión diseñado por la Universidad, cuestión que viola la enmienda XIV de la Constitución norteamericana.

Así, después de hacer referencia a la sentencia *Grutter*, que consideraba ya a la diversidad como de un interés apremiante del Estado en la educación superior, así como que la raza es uno de los factores a tomar en cuenta al establecer planes de *affirmative actions*, la Corte señala que en el caso concreto de *Gratz* no se encuentra una relación idónea entre la diversidad, como objetivo deseado, y los medios utilizados para lograrla. A los ojos de la Corte, la automática distribución de puntos a los miembros de grupos infrarrepresentados es arbitraria.

La diferencia principal de estos dos casos estriba en los diferentes mecanismos creados para la admisión de los aspirantes: la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan establecía una política que tomaba en

¹¹⁸⁰ *Grutter vs. Bolinger* 123 S. Ct. at 2337.

¹¹⁸¹ *Grutter vs. Bollinger* U. S. 539 (2003) y *Gratz vs. Bollinger* 539 U. S. 244 (2003).

cuenta criterios raciales para valorar la admisión a la Facultad (en los Estados Unidos para ingresar a la carrera de derecho se debe obtener previamente un grado universitario). Esta política buscaba conseguir una diversidad racial y étnica en el estudiantado, atendiendo especialmente a los aspirantes miembros de colectivos que han sido “históricamente discriminados”, incluyendo afroamericanos, hispanos e indios norteamericanos.

No obstante, el factor racial no era determinante; se valoraban factores como la media obtenida en el examen de admisión (*Law School Admission Test* o *LSAT*), cartas de recomendación, la calidad de la institución educativa de procedencia, la calidad del ensayo presentado por el aspirante y los cursos tomados por éste. La política de admisiones del resto de carreras universitarias de Michigan, en cambio, contemplaba una asignación de los 20 puntos indiscriminadamente a todos los integrantes de grupos infra-representados, por lo que se concluye que si bien es verdad que el objetivo perseguido por la universidad (la diversidad racial) era constitucional, entre éste y el mecanismo diseñado para conseguirlo (el sistema de puntos) no existe una relación apropiada o idónea, es decir, no hay una relación adecuada entre fines y medios.

C. *¿Por qué usar un escrutinio estricto en las sentencias Grutter vs. Bollinger y Gratz vs. Bollinger?*

Es importante señalar que la Corte utiliza un escrutinio estricto por ser un caso que utiliza clasificaciones raciales. Asimismo, fundamentándose en la sentencia *Richmond vs. J. A. Croson Co.*,¹¹⁸² señala que este estándar de revisión no depende de las cargas o beneficios que se impongan en la clasificación, sino que se haga uso de una clasificación racial. Es decir, los objetivos de la ley no son tomados en cuenta para determinar el test de constitucionalidad que se debe usar para estudiar la norma, ya que el escrutinio estará condicionado por los rasgos que se utilicen en las clasificaciones legales.¹¹⁸³

Sostenemos que un real compromiso con los derechos fundamentales sería el abandono del uso del escrutinio estricto en el caso de las clasificaciones raciales dirigidas a otorgar beneficios a los grupos desfavorecidos, pues, como señala Owen Fiss, sería menos sospechoso el uso de cla-

¹¹⁸² 448 U. S. 469, 494 (1989).

¹¹⁸³ Los magistrados del tribunal en *Grutter* discrepan sobre el escrutinio que debe ser usado.

sificaciones raciales que se usan para conferir beneficios a las minorías, que aquellas clasificaciones raciales que confiriesen beneficios a la mayoría en contra de los grupos minoritarios.¹¹⁸⁴ El profesor da fuerza a su argumento señalando que “cuando existe un sacrificio de por medio... como cuando los miembros de un grupo (nosotros) conferimos un beneficio a otro grupo (ellos) con un costo propio (nuestro), encontramos una razón para ser menos desconfiados con los argumentos usados para defender la acción”.¹¹⁸⁵

En España, Ferreres Comella basa parte de su tesis de las presunciones constitucionales en siguiente premisa:

Cuando la ley afecta desfavorablemente a un grupo vulnerable, es decir, a un grupo que ha sido discriminado tradicionalmente y que en la actualidad padece aún desigualdades de hecho que le impiden actuar con plenitud en los diversos sectores de la vida social y política, hay razones para sospechar que la mayoría parlamentaria no ha sopesado con igualdad sus intereses. El juez constitucional debe entonces aplicar el criterio de razonabilidad con mayor severidad, imponiendo un test, más estricto a los juicios de legitimidad, adecuación y proporcionalidad que el Estado formula ante el juez en sus alegaciones en defensa de la ley.¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁴ *Cfr.* Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, p. 108.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 109. Esto había sido enunciado por Ely en su ensayo *The Constitutional of reverse racial discrimination*, *cit.*, pp. 723 y 735. Más adelante Ferreres Comella señala: “Cuando un grupo de personas perjudicadas por una distinción legislativa no ha sido discriminado históricamente y goza en la actualidad de plenas posibilidades para relacionarse con el resto de las personas en los distintos contextos de la sociedad, no nos encontramos ante un grupo vulnerable y, por ello, no hay razón para sospechar que durante la elaboración de la ley no se han sopesado debidamente sus intenciones”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional*, *cit.*, p. 245. Por su parte, Fernando Rey Martínez señala: “Las medidas de acción positiva, aunque clasifican en atención a la raza, no están sujetas a un *strict scrutiny* porque los que pueden defenderse a sí mismos en la arena política pueden también asumir desventajas y simultáneamente mejorar a los negros y a otras minorías raciales que no pueden defenderse a sí mismos en el proceso político”. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, p. 102.

¹¹⁸⁶ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional...*, *cit.*, p. 250. El uso de los “factores típicos” por parte del legislador no es suficiente para justificar que la ley sea analizada con sospecha. Para él, sólo los grupos que hayan sufrido discriminación en el pasado deben ser protegidos; protección que no debe extenderse a los grupos que han sido beneficiados por la discriminación y que mantienen una posición social y política dominante. *Cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *cit.*, pp. 262 y 263. La propuesta de Ferreres es interesante. Él asevera que la presunción de inconstitucionalidad de la ley se daría cuando parezca perjudicar a ciertos grupos que reúnan las características siguientes:

Para Owen Fiss, los tribunales deben determinar caso por caso si las clasificaciones obedecen a propósitos legítimos, si los derechos en juego son fundamentales o si las clasificaciones deben considerarse sospechosas. Lo que sostiene es precisamente que la jurisprudencia no debe operar de forma mecánica: el juez debe restringir aquellas normas mayoritarias para proteger a las minorías.¹¹⁸⁷

La idea de Owen Fiss es interpretada como una graduación de la sospecha para Ferreres Comella: “el grado de sospecha dependerá del grado de vulnerabilidad del grupo discriminado”. La forma de medir su vulnerabilidad, sugiere Ferreres, puede ser mediante el uso de estadísticas que reflejen el grado de participación de los grupos en diferentes ámbitos de la vida: económico, político o social. Según esta lógica, una norma que parezca minar los intereses de un grupo vulnerable deberá ser analizada con una severidad inusitada. Pero ¿qué pasa cuando aquella clasificación sospechosa es usada para beneficiar a esos grupos vulnerables? Los argumentos previos llevan a Ferreres a posicionarse respecto al escrutinio que deberá usar el juez en estos casos: en principio debería actuar con sospecha, pues no hay garantía de que la finalidad o efecto real favorezca a ese grupo.¹¹⁸⁸

Sostenemos que si esa norma está diseñada por la mayoría a favor de los grupos vulnerables, incluso causando perjuicios a miembros de la mayoría, no existe razón para estudiar bajo sospecha la norma.¹¹⁸⁹ Para Dworkin, el hecho de usar la misma presunción de constitucionalidad para las clasificaciones raciales sin importar sus objetivos “sería desconocer las importantes diferencias morales entre estos dos objetivos”. Para él, en el caso de las *affirmative actions* el estudio debería hacerse caso por caso, sin presumir la inconstitucionalidad de las normas:

“a) han sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado, y b) como consecuencia de esas prácticas, subsisten en la actualidad desigualdades de hecho y prejuicios arraigados que impiden a sus miembros desplegar plenamente su personalidad en los diversos sectores de la vida social y política”. *Ibidem*, p. 250. Lo mismo lo reitera más adelante: “Son únicamente los miembros de grupos religiosos e ideológicos disidentes que han sido perseguidos históricamente y que aún hoy sufren desigualdades de hecho quienes merecen que las leyes que les perjudiquen sean examinadas con especial severidad”. *Ibidem*, p. 264.

¹¹⁸⁷ Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, cit., pp. 162 y 163.

¹¹⁸⁸ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional...*, cit., p. 260.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 261.

Los programas sensibles a la raza formulados para ayudar a un grupo social desaventajado no encajan en ninguna de estas categorías, y resulta absurdo intentar forzarlos para que lo hagan. Los jueces deberían inspeccionar, en cambio, dichos planes, cuando sean desafiados en un litigio, sobre una base más individualizada —caso por caso—. Como alguna vez recomendara el juez de la Corte Suprema, Thurgood Marshall, debería emplear un enfoque de escala flexible o corrediza (*sliding-scale*) para decidir si existe alguna evidencia convincente de que la clasificación racial realmente refleja un perjuicio o una hostilidad de los tipos prohibidos por la cláusula de igual protección.¹¹⁹⁰

Para Dworkin, el escrutinio estricto tiene dos versiones muy distintas, pues se funda en suposiciones marcadamente diferentes acerca del estatus constitucional de las clasificaciones raciales. Una de ellas es a la que denomina “necesidad imperiosa”. Según esta posición, cualquier clasificación racial impuesta por cualquier órgano de gobierno y por cualquier motivo automáticamente viola —en un terreno teórico— la cláusula de la igual protección. Una clasificación racial puede ser tolerada sólo si resulta absolutamente necesaria, ya sea porque es el único medio con el que cuenta para terminar con la discriminación racial actual o histórica que la propia institución ha realizado o bien para prevenir el peligro de una emergencia tan dramática que justifique que para evitarlo ignoremos una grave desviación constitucional.

La segunda versión, a la que Dworkin denomina “impugnatoria”, descansa sobre premisas diferentes: “estima que las clasificaciones raciales violan la cláusula de la igualdad protección sólo cuando han sido generadas por los estereotipos y las actitudes inaceptables y llenas de prejuicios que la cláusula prohíbe”. Sin embargo, considera justificado imponer una estricta carga de la prueba sobre cualquier institución que emplee una clasificación odiosa, exigiéndole que muestre la existencia de una motivación lo suficientemente apremiante para rebatir cualquier sospecha realista de que en realidad la medida ha sido adoptada por motivos inaceptables.¹¹⁹¹

¹¹⁹⁰ Dworkin, Ronald, *Virtud soberana...*, cit., p. 455. La recomendación de Thurgood a la que se refiere Dworkin tuvo lugar en su voto disidente a la sentencia *San Antonio Independent Scholl District vs. Rodríguez* 411 U. S. p. 98-99 (1973). Neuman, Gerald L., “Equal Protection, «General Equality» and Economic Discrimination from a U. S. Perspective”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1999, p. 289.

¹¹⁹¹ Dworkin, Ronald, *Virtud soberana...*, cit., pp. 457 y ss. La versión “impugnatoria” resulta mucho más exigente que la prueba de escala flexible por la que pugna Dworkin.

En realidad, sostener que por el simple hecho de encontrarse ante un criterio considerado sospechoso el juez debe aplicar de forma mecánica un escrutinio inusualmente severo nos regresa al formalismo jurídico del siglo XIX. Los precedentes no deben establecer principios inmutables. Usando la terminología de Zagrebelsky, aquellos principios deben ser dúctiles.¹¹⁹² Los argumentos utilizados en las sentencias *Grutter vs. Bollinger* y *Gratz vs. Bollinger* eran los únicos jurídicamente viables después de las opiniones de Powell en *Bakke*, pues sólo la diversidad racial superaba a sus ojos las exigencias del escrutinio más estricto. Los argumentos usados para la defensa de las *affirmative actions* por las universidades, por el gobierno federal o local o por las empresas que libremente los implementan se han ido modificando para adecuarlos a los criterios de la Corte; sin embargo, todos tienen como motivación última la búsqueda de una justicia social.

Lo que parece sorprendente es que el perjuicio causado en casos determinados donde se utilizaron *affirmative actions* no se justificaran desde la perspectiva de una justicia social, sino por la búsqueda de una diversidad racial en el interior de las universidades. La Corte Suprema subestima, desde *Bakke*, el argumento que señalaba qué planes de las universidades están justificados para remediar la situación que se vive dentro de las universidades, es decir, la desigual distribución racial del alumnado, y que evidentemente es la consecuencia de una discriminación previa, no de la propia universidad, sino de la discriminación social *de facto*. El caso de las universidades es sólo un ejemplo que se reproduce en casi todos los ámbitos de la vida nacional.

Sin embargo, al distinguir las dos versiones que hace el profesor sólo pretende esclarecer cuál de ellas es la que la Corte Suprema ha hecho suya, y no apoyar ninguna de ellas. Tres de los jueces que componen el tribunal prefieren la versión de necesidad imperiosa: Rehnquist, Scalia y Thomas

¹¹⁹² La tesis principal de Zagrebelsky es que la relación entre los aspectos del derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas requieren de una actitud práctica que se relaciona con la "razonabilidad"; es decir, adaptación, la negativa a las ideas absolutas o relativistas: ductilidad. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, 147. Recordemos que esta fue la postura de Cardozo: "En este perpetuo fluir, el problema con que tiene que habérselas el juez es en realidad doble: él debe sacar de los precedentes el principio subyacente, la *ratio decidendi*; luego debe determinar el camino o dirección según el cual el principio se debe mover y desarrollar si no ha de secarse y morir". Cardozo, Benjamin, *La naturaleza de la función judicial, cit.*, p. 17.

15. *Corolario*

Podemos observar que los fallos del Corte Suprema son muchas veces contradictorios; sin embargo, algunas cuestiones quedan claras. En primer lugar, existe consenso sobre la aceptación de utilizar criterios raciales o de género en las políticas que buscan una igualdad sustancial. Pero quiénes deben ser los beneficiarios de éstas ¿las minorías que han sufrido agravios como grupo o sólo las víctimas directas de la discriminación?

Para la Corte Suprema, las personas que han sido víctimas directas de la discriminación racial o sexual tienen derecho al resarcimiento del daño.¹¹⁹³ De esta forma, los tribunales pueden fijar, por ejemplo, el pago de salarios devengados y no pagados en razón de la discriminación hecha por el empleador.

Sin embargo, no sólo las víctimas directas son acreedoras de ser beneficiarias de un plan que contenga una *affirmative action*. Se ha aceptado concebir a los grupos minoritarios como víctimas de la discriminación, y de esta forma se rechaza el argumento que señalaba que las *affirmative actions* debían beneficiar únicamente a las víctimas de un comportamiento discriminatorio. No obstante, un plan de *affirmative action* tiene que guardar relación con las prácticas seguidas en un ámbito concreto, que puede justificarse con la existencia de desequilibrios históricos: la justificación de las medidas de acción positivas depende de que se demuestre la existencia de una actuación discriminatoria de parte de algún individuo o institución particular que haya tenido el efecto de desfavorecer a estos colectivos. La existencia de estos desequilibrios históricos debe probarse.

Cuando la Corte Suprema se ha referido a la discriminación vivida en el pasado no hace alusión a la situación de marginación social que han sufrido los negros y, en menor medida, las mujeres y otros grupos minoritarios, sino a la discriminación sufrida en determinados ámbitos concretos. En el caso del ámbito laboral, deberá probarse la baja representación de las minorías en un sector determinado: *United States vs. Paradise*,¹¹⁹⁴ o en una categoría específica de trabajo *Johnson vs. Transportation Agency, Santa Clara County*.¹¹⁹⁵ De hecho, si tomamos como referencia las normas

¹¹⁹³ *Fire-fighters Local Union núm. 1784 vs. Stotts*, 467 U. S. 561 (1984).

¹¹⁹⁴ 107 S. Ct. 1442 (1987).

¹¹⁹⁵ 107 S. Ct. 1442 (1987). Para un análisis de esta sentencia véase Marks, Theresa, "Johnson vs. Santa Clara County Transportation Agency: Affirmative Action Expanded un-

que desde el Poder Ejecutivo (decretos presidenciales) o desde el Poder Legislativo (por ejemplo, la Ley de Derechos Civiles de 1964) notaremos que éstas han sido diseñadas para terminar la infrarrepresentación de minorías en estos ámbitos concretos.

Recordemos que la “discriminación social” fue rechazada por la Corte en la sentencia *Wygant vs. Jackson Board of Education*.¹¹⁹⁶ En su decisión, el magistrado Powell consideró que la “discriminación social” tiene una base “demasiado amorfa” como para imponer una clasificación como remedio. En un escrutinio estricto el gobierno debería demostrar una discriminación anterior que hiciese necesaria la utilización de un plan de *affirmative action*. El uso de estos planes debe estar acompañado de una “evidencia fuerte” para concluir que el gobierno había discriminado en el pasado.¹¹⁹⁷ Para la Corte Suprema, si la discriminación social fuese un justificante válido, todas las *affirmative actions* serían constitucionales. Por esto, según la jurisprudencia antes analizada, la discriminación concreta estará sujeta a prueba. La Corte Suprema ha reconocido que el papel que ha jugado la discriminación racial en el pasado ha sido determinante para la actual distribución racial en los distritos escolares;¹¹⁹⁸ no obstante, ha considerado que no es constitucional justificar el uso de las *affirmative actions* basándose en una discriminación social.¹¹⁹⁹

Sostenemos que terminar con los efectos de la discriminación social es un interés suficientemente apremiante y, por esa razón, constitucional. El Estado estaría legitimado para utilizar sus recursos con el fin de alcanzar los objetivos que considera válidos. La discriminación social es un objetivo tan legítimo como otros que la Corte Suprema ha considerado constitucionales: intereses económicos, políticos o sociales que el Estado protege.¹²⁰⁰

der Title VII”, *Golden Gate University Law Review*, vol. 18, 1988, pp. 567-587, y Buckley, Margaret E., “Affirmative Action: Voluntary Affirmative Actions Plans under Title VII and the Equal Protection Clause”, *Geo. Wash L. Review*, vol. 56, 1987-1988, pp. 711-735.

¹¹⁹⁶ 476 U.S. (1986).

¹¹⁹⁷ Además, en este caso se apunta que incluso era innecesario averiguar si se había incurrido en discriminaciones pasadas, pues el plan de preferencias no estaba estrechamente relacionado con la consecución de ningún objetivo permisible. 476 U. S. 271-274 (1986). Véase también *Shaw vs. Hunt*, 517 U. S. 899, (1996), *City of Richmond vs. J. A. Crosson Co.* 488 U. S. (1989).

¹¹⁹⁸ *Missouri vs. Jenkins*, 515, U. S. 70,87-89 (1995).

¹¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia *Shaw vs. Hunt*, 517, 899, 904-05 (1996).

¹²⁰⁰ Selmi, Michael, “Remediating Societal Discrimination through the Spending Power”, *N. C. Law Review*, vol. 80, 2001-2002, pp. 1576-1652.

La idea de la discriminación histórica justifica las medidas en Europa a favor de las mujeres, y es que la situación de la mujer dentro del mercado de trabajo es precisamente de desventaja histórica: el punto de partida es la marginación, por lo que la utilización del género como rasgo diferenciador no sólo se debe considerar justificada para terminar con la disparidad de condiciones sociales entre géneros; la utilización de rasgos diferenciadores debe ser considerada exigible a los poderes públicos con objeto de eliminar los obstáculos que no permiten una plena igualdad de oportunidades.¹²⁰¹

En segundo lugar, queda claro que, para que un plan de *affirmative action* sea aceptado, resulta esencial la base de la que parte, ya sea un acuerdo voluntario, como en el caso *Wygant* (cuestión que influye positivamente), o sea el producto de una declaración judicial, como en *Firefighters vs. Cleveland*, que implica la discriminación probada contra alguna minoría. Asimismo, la Corte Suprema toma en cuenta los efectos que puedan tener las medidas tomadas en el plan en el grupo no favorecido por éste: los despidos que contemplaba el plan estudiado en *Wygant*, por ejemplo, pesaron para que la Corte desaprobara la medida.

¹²⁰¹ La discriminación social ha sido bien estudiada en la doctrina española. Véase por ejemplo la sentencia 128/1987. En ella, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo donde se alegaba un trato discriminatorio del régimen de prestaciones otorgado por el Insalud en su carácter de empleador, en concepto de guardería. La norma establecía que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería; en cambio, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores con hijos menores de seis años que fueran viudos. El Tribunal señala que la lista de posibles motivos de discriminación del artículo 14, CE, en la que se encuentra el sexo, aunque no es cerrada, sí representa “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricas muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana (artículo 10.1 CE)”. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional distingue entre acciones protectoras partiendo de presupuestos de inferioridad social de las mujeres y las acciones positivas, que son aquellas medidas que se aplican a categorías de trabajadores que están sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o la permanencia en el mismo. Es decir, la diferencia es la finalidad constitucionalmente deseable y que debe estar contenida en la norma para superar el escrutinio de igualdad. La sentencia da un giro radical en la interpretación del artículo 14 de la Constitución, ya que desde este momento se entiende que no toda diferenciación en beneficio de un sector de la población será entendida como discriminatoria y contraria al principio de igualdad. Sobre este tema véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, Madrid, vol. 19, 1996.

De acuerdo con lo dicho en párrafos anteriores, podríamos señalar cuatro tipos de discriminación existentes:¹²⁰² 1) La discriminación que sufren los individuos directamente y que son imputables a una persona (física o jurídica) concreta. La obligación de compensar a la víctima estaría a cargo de aquel que haya cometido el acto discriminatorio. 2) La discriminación imputada en un contexto determinado a ciertos grupos. Es el caso de la discriminación acaecida en ciertas empresas donde ciertas categorías están vedadas para miembros de minorías. En este caso, las preferencias se extenderían a las personas del mismo grupo que fue discriminado en el pasado. 3) La que está fundamentada en una discriminación social. No es necesario encontrar un autor directo de la discriminación: las *affirmative actions* estarían justificadas por la discriminación que ha sufrido una minoría en su conjunto por la población que detenta el poder. Este tipo de discriminación no ha gozado nunca de la mayoría de los jueces del Corte Suprema, pero ha sido alegado como justificación de los planes para favorecer a minorías desfavorecidas. 4) La situación de desventaja en la que se encuentran ciertas minorías. Ésta parece ser la situación más común, las circunstancias en las que se encuentran son fáciles de observar; sin embargo, no queda claro a quién debemos considerar como culpable de dicha situación.

En todos los casos anteriores el Estado debería estar obligado a reaccionar para terminar con esa situación. Sin embargo, en los Estados Unidos las *affirmative actions* sólo son aplicables ante la situación descrita en el segundo punto; estamos convencidos de que según una interpretación correcta del principio de igualdad, el Estado debe estar constreñido a evitar que tales desigualdades permanezcan en una sociedad de iguales. Por tanto, las circunstancias en las que viven algunas minorías justifican por sí mismas la implementación de acciones tendentes a mejorarlas.

¹²⁰² Una clasificación similar puede verse en Days III, Drew, "Acción afirmativa...", *cit.*, pp. 42-65.

