

## INTRODUCCIÓN

Literalmente entendida, la igualdad es un ideal que incita a la traición. Hombres y mujeres comprometidos lo traicionan, o parecen hacerlo, tan pronto como organizan un movimiento a favor de la igualdad y distribuyen poder, posiciones e influencias entre ellos.<sup>1</sup>

El interés por el estudio de la doctrina norteamericana referente a la igualdad atiende a la insoslayable tendencia de los sistemas jurídicos contemporáneos a influenciarse recíprocamente, fenómeno que en las últimas décadas se ha producido en el mundo del derecho, y al que López Guerra no duda en llamar “globalización de las ideas jurídicas”,<sup>2</sup> lo que ha conducido a que se adopten soluciones similares en países con sistemas jurídicos bien distintos. Las influencias pueden ser benéficas cuando se desarrollan principios en beneficio de los derechos fundamentales.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, traducción de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 9. Sobre la teoría de Walzer puede verse: Miller, David y Walzer, Michael, *Pluralismo, justicia e igualdad*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1997; Flores, Imer B., “Liberalismo igualitario de John Rawls”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 7, 1999, pp. 108 y 109. La tendencia a la desigualdad de toda sociedad es compartida por Giovanni Sartori: “Para conseguir la desigualdad basta que dejemos seguir el curso de los acontecimientos. Pero si deseamos la igualdad no podemos permitirnos el reposo”. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. Parte dos. Problemas clásicos*, traducción de Santiago Sánchez González, México, Alianza Editorial, 1989, p. 10.

<sup>2</sup> López Guerra, Luis, “Constitución y género. Consideraciones iniciales”, en Flores Giménez, Fernando (coord.), *Género y derecho constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional-Instituto de Derecho Público Comparado, 2003. El ensayo también se puede consultar en línea: [http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/eidhr/pdf/report-idpc-activity-publication\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/eidhr/pdf/report-idpc-activity-publication_en.pdf), se accedió a la página el 19 de junio de 2003.

<sup>3</sup> En el caso concreto de las *affirmative actions*, la discusión en España adolece de fundamentación teórica, señala María Ángeles Martín Vida: “La importación no siempre refle-

Sin embargo, no siempre es así, ya que en ocasiones, instituciones, doctrinas o principios que operan con cierto éxito en Estados Unidos de Norteamérica han sido trasplantados sin miramientos a la doctrina europea.<sup>4</sup>

Los problemas que aquejan a la sociedad norteamericana obedecen a una historia *sui generis*. Las desigualdades entre los grupos que conforman aquella nación son resultado, en gran medida, de la discriminación racial: la raza<sup>5</sup> ha sido ignominiosamente utilizada durante siglos para establecer categorías entre los hombres. La más deleznable de estas clasificaciones históricas distinguía a los hombres libres de los esclavos. Después de abolida la esclavitud, la discriminación institucionalizada fue el nuevo crimen que, hasta hace muy poco, asoló tierras norteamericanas.<sup>6</sup> Hoy por hoy la

xiva de categorías extranjeras vicia en ocasiones, aun de manera inconsciente, la discusión, y dificulta que puedan alcanzarse soluciones que protejan suficientemente los derechos fundamentales en juego”. Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003, p. 21. De la misma opinión: García Añón, José, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1999, pp. 2-5 y ss. En línea. [www.uv.es/afd/CEFD/2/garcia.html](http://www.uv.es/afd/CEFD/2/garcia.html), se accedió a la página el 6 de agosto de 2004.

<sup>4</sup> Por el contrario, el derecho y la filosofía de los Estados Unidos de Norteamérica son increíblemente “insulares y autosatisfactorios”. Resenkrantz, Carlos, “Entrevista a Bruce Ackerman”, *Doxa*, núms. 17 y 18, 1995, pp. 516. No obstante lo anterior, han existido épocas de fuerte influencia de las tradiciones jurídicas europeas en los Estados Unidos, sobre todo a través de autores como Roscoe Pound o Max Radín. Pound se encarga de divulgar el pensamiento europeo del siglo XIX, véase, por ejemplo: Pound, Roscoe, “The influence of the Civil Law in America”, *Louisiana Law Review*, vol. 1, 1938-1939, pp. 1-16, y Pound, Roscoe, *Interpretation of Legal History*, Nueva York, MacMillan, 1922. Sobre esto véase Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 236. Sobre Max Radín véase Radín, Max, *Cartas románticas (1923-1950). Estudio y edición, con una nota de lectura sobre “California y el derecho Romano” de Carlos Petit*, Nápoles, Jovene, 2001, p. XVI. No podemos soslayar tampoco la influencia previa de Austin, a través de quien se difundió el estudio del derecho romano en el ámbito anglosajón. *Ibidem*, p. XXII.

<sup>5</sup> En este trabajo usamos la palabra “raza” para referirnos a los diferentes componentes de la especie humana, sin embargo, debemos advertir que, desde el punto de vista físico, las diferencias humanas son sumamente reducidas; diferencias que no afectan más que a cualidades de poca importancia relativa: nuestras diferencias más notables son de carácter cultural.

<sup>6</sup> Con la sentencia *Brown vs. Board of Education*, U. S. 483 (1954), se declara inconstitucional la segregación racial en las escuelas y comienza la desegregación en todos los ámbitos donde ésta era legal.

discriminación social sigue siendo un cáncer difícil de erradicar: las desigualdades injustas siguen separando a los norteamericanos.<sup>7</sup>

Las *affirmative actions* son una respuesta, entre otras muchas, a esas desigualdades.<sup>8</sup> Los planes que contienen algunas *affirmative action*<sup>9</sup> establecen ventajas a miembros de grupos desfavorecidos provocando perjuicios directos a otros que no son miembros de dichos grupos. Los planes suelen aplicarse en situaciones de especial escasez, como pueden ser los niveles profesionales de prestigio, los cargos públicos o las plazas universitarias.<sup>10</sup>

Las *affirmative actions* están respaldadas por fundamentos filosóficos; como todas las normas que buscan la igualdad, están cargadas de intenciones que encuentran su sustento último en una determinada filosofía: son, sin duda, el resultado de la búsqueda incesante por la justicia.<sup>11</sup> Pero

<sup>7</sup> Resulta interesante el informe presentado por el gobierno de los Estados Unidos de América al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que entró en vigor el 20 de noviembre de 1994. En línea: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0031.pdf>, página 5. Se accedió a la página el 20 de junio de 2005.

<sup>8</sup> Cabe aclarar que las *affirmative actions* tienen su génesis en la India. Sin embargo, el estudio de esta institución en Estados Unidos de América ha evolucionado paralelamente alcanzando un refinamiento sin parangón. De ahí que no podemos más que centrarnos en el análisis de aquella doctrina.

<sup>9</sup> Preferimos usar los términos en inglés *affirmative actions* y no sus traducciones al castellano para evitar confusiones, pues, como veremos más adelante, no siempre tienen el mismo significado en ambos idiomas. Los términos *affirmative action* son más usados en Norteamérica; vocablos que podríamos traducir de forma literal como acción afirmativa. En ocasiones se usan otros como *preferential treatment* (tratamiento o remedio preferente) y *reverse discrimination* (discriminación inversa). Aunque todos los términos se emplean normalmente como sinónimos, en ocasiones el concepto de *reverse discrimination* se emplea con objeto de resaltar el daño causado a ciertas personas por el uso de algunos planes diseñados para favorecer a ciertas minorías. Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, cit., p. 36. Los términos *reverse discrimination* han sido usados por los críticos: la defensa de *Bakke* —sujeto afectado por el plan de *affirmative action* diseñado por la Universidad de Michigan— trató de desacreditar las *affirmative actions* del plan *Davis* de aquella universidad norteamericana, subrayando la discriminación hecha en contra de miembros del grupo mayoritario.

<sup>10</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, 19, 1996, p. 79.

<sup>11</sup> Para Carl Joachim, la ley forzosamente involucra una filosofía del derecho: las declaraciones o enunciados que componen la ley dan lugar a una serie de cuestiones filosóficas generales. Friedrich, Carl Joachimm, *La filosofía del derecho*, traducción de Margarita Álvarez Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 13.

una cosa es lo establecido como ideal en abstracto y otra cosa muy distinta es llevar esto a la práctica.<sup>12</sup> Nuestro objeto de estudio no se nos presenta como un caso hipotético de justicia, pues además de abordar cuestiones teóricas analizaremos sentencias relacionadas.

Es importante estudiar, aunque sea de forma somera, el sistema jurídico de aquel país norteamericano, ya que los fallos del juez están condicionados por el derecho que rige la vida en su sociedad. El juez podrá tener su propia concepción de la igualdad; en ocasiones, incluso, habrá margen a la discrecionalidad judicial; sin embargo, en la mayoría de los casos deberá dar preferencia a lo establecido por la norma,<sup>13</sup> a los precedentes judiciales<sup>14</sup> o a la tradición jurídica.<sup>15</sup>

El análisis de cómo se enfrenta el juez a un asunto de esta índole será el eje sobre el que girará este trabajo. De ahí que pretendamos estudiar la doctrina norteamericana referente a las *affirmative actions* y conocer su

<sup>12</sup> Normalmente, cuando tenemos que decidir sobre la legalidad de una práctica como la *affirmative action* en la designación de empleos, consultamos el principio fundamental y llevamos hasta el final sus implicaciones para el caso en cuestión, señala Miller, “examinamos si la igualdad de tratamiento exige que los empleos se asignen estrictamente sobre la base del mérito personal o si la pertenencia a un grupo desfavorecido da justo título a una consideración preferencial”. Lo usual es que se escojan una serie de casos paradigmáticos y luego se aplican a una serie de asuntos concretos: esto representa la teoría de la justicia actual. Esto es criticado por Walzer, quien propone una forma diferente de abordar el estudio de la justicia. Miller, David y Walzer, Michael, *Pluralismo, justicia e igualdad*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 10. Para Walzer existen dos formas de filosofar: “Una manera de iniciar la empresa filosófica —la manera original tal vez— consiste en salir de la gruta, abandonar la ciudad, subir a las montañas y formarse un punto de vista objetivo y universal”. La otra, la que Walzer emprende, se propone “interpretar para los conciudadanos el mundo de significados que todos compartimos. La justicia y la igualdad pueden ser elaboradas idealmente como artefactos filosóficos, no así una sociedad justa e igualitaria”. Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 12; Rustín, Michael, “La igualdad en los tiempos postmodernos”, en Miller, David y Walzer, Michael, *Pluralismo, justicia e igualdad...*, *cit.*, p. 32.

<sup>13</sup> Este principio, como lo conocemos hoy, fue establecido James Thayer. Más adelante tendremos oportunidad de analizarlo.

<sup>14</sup> En el caso de la justicia constitucional, aunque los precedentes no son vinculantes, el juez deberá atender al principio de consistencia.

<sup>15</sup> La mayoría de la doctrina norteamericana coincide en que la tradición política liberal representa una fuente de interpretación importante para los jueces. Rawls va más allá al otorgarle el papel de algo así como un último bastión para la protección de los derechos fundamentales. Rawls, John, *El liberalismo político*, traducción de Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 266-275.

problemática única en la que está inmersa. Es indudable que algunos principios que sobre el tema se analicen podrían parecer útiles en otras latitudes; no obstante, no pretendemos sugerir la utilización de las mismas soluciones a problemas bien distintos: la discriminación, las desigualdades y las injusticias que se tratan combatir son exclusivas de cada país.

En el primer capítulo abordaremos los conceptos generales sobre la igualdad, que nos llevarán a cimentar nuestra propuesta final. Se elaborará un marco teórico básico haciendo énfasis en las ideas de la igualdad y su relación con la justicia. La noción de justicia distributiva será fundamental como sustento teórico para justificar la aplicación de las *affirmative actions* más adelante. Analizaremos también las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos con relación a la cláusula de igualdad contenida en las enmiendas V y XIV de la Constitución norteamericana. En un segundo apartado, el objetivo será defender el activismo de los tribunales. La cláusula de igual protección de la ley siempre será nuestra referencia: los principios que se propongan sólo valdrán para ésta. Las *affirmative actions* son una respuesta relativamente nueva, acompañada de una también nueva concepción de la igualdad,<sup>16</sup> relacionada con la justicia distributiva, que toma en cuenta las realidades sociales (resultado de discriminaciones

<sup>16</sup> Luigi Ferrajoli nos habla de cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias, que representan cuatro concepciones de la igualdad: 1) Indiferencia jurídica a las diferencias. Este modelo se daría en un supuesto estado de naturaleza; las diferencias son ignoradas. 2) Diferenciación jurídica de las diferencias. Es propio de sociedades jerarquizadas y aristocráticas, en las que, a través de la discriminación normativa, algunas diferencias son tomadas en cuenta por el sistema para conformar privilegios o simples discriminaciones. 3) Homogeneización jurídica de las diferencias. La generalidad de la ley no establece diferencias que sean tomadas en cuenta. Es difícil que esta situación se dé en plenitud, ya que un sistema que cumpla estrictamente con este mandato de no diferenciación jurídica parece absurdo. 4) Valoración jurídica de las diferencias. Reconoce importancia jurídica a la diversidad, pero no sólo para evitar que las diferencias de hecho sean tomadas en cuenta como relevantes para discriminar, sino para considerar aquellos factores que basados en prejuicios hayan provocado desventajas sociales y, de esta forma, establecer privilegios a favor de colectivos que por su situación de desventaja merecen recibir un trato específico para conseguir una igualdad real. A esto se le ha llamado discriminación positiva. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 74-76. Un análisis interesante sobre las ideas de Ferrajoli puede verse en Carbonell, Miguel, "Constitución y minorías", en Valadés, Diego, *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, 2004, pp. 26-30. Carbonell estudia de nuevo los cuatro modelos en: Carbonell, Miguel, "Constitucionalismo, minorías y derechos", *Isonomía*, núm. 12, 2000, pp. 107-109.

pasadas,<sup>17</sup> de prejuicios y animadversiones hacia ciertos grupos, o de una realidad social que se presenta con la llegada de personas provenientes de países pobres). Esta situación obliga a replantearse los principios que un día se consideraran válidos, universales, perennes.<sup>18</sup>

Si la propuesta final de este trabajo es establecer una serie de principios que el juez constitucional debe seguir a la hora de revisar la constitucionalidad de normas que contienen una *affirmative action*, debemos justificar primero la *judicial review*. A través de ésta, el juez constitucional conoce sobre la validez de las normas que parezcan contradecir la norma suprema. Queremos demostrar en este apartado que la institución de la *judicial review* es legítima, sobre todo entendiendo que una decisión mayoritaria no es sinónimo de decisión justa o democrática. Analizaremos lo que consideramos la falsa concepción de democracia como simple regla de la mayoría.<sup>19</sup>

La igualdad es un tema tan polémico que es muy difícil ponerse de acuerdo en su significado. Tampoco existe unanimidad respecto a quién debe tener la última palabra para establecer su concepción; no es aceptado por todos el que sea un cuerpo de jueces el que tenga la última palabra sobre su interpretación. Recordemos que los miembros del realismo jurídico se dieron cuenta de que los jueces no siempre resuelven usando una norma aplicable al caso concreto. No obstante, la necesidad de justicia no deja alternativa; la resolución de conflictos es un imperativo para los tribunales, aunque cumplirlo no es tarea sencilla: los asuntos más importantes para la Corte involucran cuestiones morales o simplemente muy polémicos; como consecuencia, dos o más formas de resolverlo pueden parecer razonables.<sup>20</sup> Los jueces han tenido que fallar, por ejemplo, sobre la constitucionalidad de las normas que penalizan las relaciones homosexuales, el aborto, o la eutanasia: nada en el texto constitucional norteameri-

<sup>17</sup> Sobre la noción de “discriminaciones pasadas” gira gran parte de la doctrina jurídica norteamericana. Sobre esto nos ocuparemos en el capítulo tercero.

<sup>18</sup> La igualdad como ausencia de privilegios es hoy el paradigma sobre el que se basa el principio de igualdad; véase, por ejemplo: 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.

<sup>19</sup> Para Erwin Chemerensky, la regla de la mayoría es el paradigma del siglo XX que domina el constitucionalismo. Chemerinski, Erwin, “The Supreme Court, 1988-Forward: The Vanishing Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1989, p. 64.

<sup>20</sup> Esta es la tesis del liberalismo político de John Rawls, *El liberalismo político*, *cit.*

cano nos dejará inferir una respuesta que convenza a todos. Defender el activismo judicial<sup>21</sup> cuando lo que se juzga son normas que parecen menoscabar los derechos de las minorías tampoco es tarea sencilla; no faltan los detractores. Las decisiones sobre la constitucionalidad de estos asuntos parecen, más que cuestiones jurídicas, dilemas morales: ¿por qué un cuerpo colegiado debe decidir sobre ellos?

Las preguntas que se hizo Benjamín Cardozo en 1921 en una serie de conferencias en la Universidad de Yale siguen abiertas:

¿Cómo debe resolver el juez cuando no hay ningún precedente aplicable, cómo llego a la norma que servirá de precedente en el futuro? Si estoy buscando la consistencia lógica, la simetría de la estructura jurídica, ¿hasta que extremo debo buscarla? ¿En qué punto esa búsqueda será determinada por alguna costumbre en discrepancia, por alguna consideración de bienestar social, por las propias pautas de justicia y moral, o por las comunes?<sup>22</sup>

Las normas constitucionales, siguiendo la terminología de Herbert Hart, poseen un “núcleo de certeza” y “una zona de penumbra”. En el primero, el texto no deja lugar a dudas sobre su interpretación. En otras ocasiones nos encontraremos con una situación de incertidumbre:

Cualquier técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una textura abierta... La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasifi-

<sup>21</sup> El activismo judicial es la posición doctrinal que le reconoce a los jueces la facultad de proteger determinados derechos o determinadas clases sociales aun cuando para ello interprete de forma laxa una determinada norma jurídica. En realidad, el activismo judicial no está circunscrito a la defensa de determinados derechos. En momentos dados, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho una defensa férrea del derecho a la propiedad; en otras ocasiones, en cambio, ha protegido derechos sociales. En contraposición al activismo judicial se encuentra el *self-restraint*, que no es otra cosa que la autolimitación judicial. A lo largo de la investigación irán quedando más claros estos conceptos.

<sup>22</sup> Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, traducción de Eduardo Ponssa, Buenos Aires, Arayu, 1955, p. 2. Magistrado de la Corte Suprema del estado de NY. Sobre Cardozo véase, Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, traducción de Enrique Alonso García, Madrid, Civitas, 1990, pp. 68 y 69.

catorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho.<sup>23</sup>

El debate en torno a cómo debe entenderse la igualdad en la Constitución es añejo. La cláusula de igualdad que establece la garantía de igual protección de las leyes no parece decirnos mucho acerca de las *affirmative actions*. ¿Cómo se enfrenta el juez norteamericano a las normas que se refieren a la cláusula de la igualdad contenida en la enmienda XIV de la Constitución estadounidense? La respuesta no parece sencilla, de ahí que parezca más adecuado detenernos primero a contestar preguntas más generales. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, ¿cómo se enfrenta el juez norteamericano a un caso particular?, ¿qué toma en cuenta en sus valoraciones?, y ¿qué principios guían al juez, en el ámbito concreto del derecho constitucional norteamericano, cuando se enfrenta a una norma emanada del Legislativo, es decir, de la voluntad general? Una vez contestadas estas preguntas estaríamos más cerca de responder la primera.

En este sentido, será de especial interés el análisis de la doctrina de James Bradley Thayer (1831-1902), que establece el principio de la deferencia al legislador: las normas pueden ser consideradas inconstitucionales, “sólo cuando aquellos encargados de hacer normas hayan cometido no solamente un error, sino cuando ellos hayan cometido un error muy claro, tan claro que no esté sometido a una discusión racional”.<sup>24</sup>

En el tercer capítulo se analizarán los principios que usa el juez para resolver los asuntos que tienen que ver con la igualdad. Se buscará descubrir de qué forma ha sido interpretada la cláusula de igualdad a partir de la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.*<sup>25</sup> Sentencia que, a través de su nota 4, introdujo un nuevo estándar de revisión judicial para las normas que parecen perjudicar a grupos “diferenciados” y “aislados”.<sup>26</sup> La

<sup>23</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 159.

<sup>24</sup> Thayer, James, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893-1894, p. 144.

<sup>25</sup> 304 U. S. 144 (1938).

<sup>26</sup> Diferimos de la traducción que se ha mantenido de los términos “Discrete and insulate” en los textos en castellano. Autores como Víctor Ferreres traducen *insulate* por “insular”, un término más bien geográfico cuya utilización sería válida de no existir la palabra aislada que resulta más adecuada, y que ha sido utilizada por José Antonio Estévez. Por su parte, el término *discrete* lo traduce Ferreres Comella como “discreto”, en su acepción del castellano antiguo, que significa distinto y cuidadoso. Miguel Beltrán y Julio González optan por la traducción de minorías “diferenciadas y aisladas”. Esta última



sentencia tiene relación con nuestro tema, ya que las *affirmative actions* buscan proteger precisamente a estos colectivos. Las clasificaciones raciales pronto se consideraron sospechosas de ser inconstitucionales, la carga de la prueba se invierte quedando sin validez la presunción de constitucionalidad expuesta por Thayer. Más adelante analizaremos la sentencia *Brown vs. Board of Education*, sentencia que termina con la segregación racial institucionalizada, que rechaza la interpretación originalista (o textualista) de la Constitución y que apuesta por una labor más activa del juez constitucional.

En este capítulo se buscará analizar los argumentos a favor y en contra de los planes que contienen una *affirmative action*. Estos programas, somos conscientes, han estado sujetos a duras críticas, por lo que nos interesa conocer las opiniones de sus detractores.

Recordemos que la igualdad es un derecho fundamental reconocido por la mayoría de las Constituciones. Sin embargo, su concepción difiere enormemente según quién sea su intérprete. La igualdad es ante todo un ideal de justicia. Parte de la doctrina considera que la igualdad tiene como premisa básica la ausencia de discriminación.<sup>27</sup> Según esta postura,

traducción parece la más fiel; sin embargo, queremos dejar claro que la idea que transmiten los vocablos ingleses “discrete” e “insulate”, es la de grupos que comparten características comunes, como la de encontrarse desasistidos e indefensos, como consecuencia de los prejuicios sociales. Por esa razón se encuentran diferenciadas, por eso son discretos. Cover, por ejemplo, habla de minorías cuya característica es precisamente la de ser víctimas pasivas y desprotegidas o “helpless”. De ahí que Milner S. Ball les llame “powerless minorities”. Como señala Milner, la carencia de poder es relativa: se puede ser poderoso en un sentido y débil en otro. La carencia de poder que caracteriza a las minorías, a la que nos referimos, está relacionada con la fuerza para defender sus derechos. Véase Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 60, nota 5; Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, p. 76, nota 105; Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2005, p. 247; Cover, Robert M., “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981-1982, p. 1296, y Ball, Milner S., “Judicial Protection of Powerless Minorities”, *Iowa Law Review*, vol. 59, 1974, p. 1059, nota 3. En este trabajo entenderemos por este tipo de minorías a un conjunto de individuos que cuentan con menos poder que otros grupos que componen cierta sociedad.

<sup>27</sup> El principio de igualdad, señala Paloma Durán, “se traduce en la cláusula de no discriminación. Y que esta requiere de acciones positivas, o si se prefiere de acciones o medidas correctoras que sean necesarias para asegurar la igualdad y la no discrimina-

las *affirmative actions* en el contexto de los Estados Unidos serían una excepción al principio discriminatorio justificada por una situación histórica concreta: el tradicional trato discriminatorio en contra de las mujeres o el ignominioso trato dado a los negros. Las *affirmative actions* serían entonces un mecanismo reparador de los daños causados por la discriminación vivida en el pasado en contra de las minorías.

Sostenemos que el principio antidiscriminatorio que controla la interpretación de las cláusulas de igual protección es limitado: el principio de no discriminación no es lo mismo que la cláusula de igual protección. Este principio incorpora una concepción parcial de la igualdad; concepción individualista y confinada. Por eso, la defensa de las *affirmative actions* la construiremos en torno al principio de no subordinación.

El eje de nuestra propuesta está basado en las ideas de Owen Fiss, quien pugna por abandonar la concepción de la igualdad como no discriminación<sup>28</sup> y concebir la igualdad con un punto de vista alternativo basado en el llamado principio de grupo desfavorecido —*group disadvantaging*

ción”. Durán y Lalaguna, Paloma, “Una aproximación comparada a las acciones positivas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, p. 281; Barrère Unzueta, 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. En Europa, el principio de igualdad ha sido interpretado como mandato de “no discriminación”, sobre todo en el ámbito del empleo. Véase, por ejemplo, Rodríguez Piñeiro y Bravo Ferrer, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998, pp. 51-73; Janer Torres, Joan David, “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 14, enero-abril de 2003, pp. 305-319; Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, 1985, p. 14, y Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 53.

<sup>28</sup> No está de más aclarar lo que debemos entender por discriminar: aunque coloquialmente entendemos por discriminar el dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera. Discriminar significa también separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra. Las *affirmative actions*, evidentemente, al discriminar clasifican según el género, la raza o la etnia, pero nunca darán un trato de inferioridad. Ésa es la diferencia básica con las normas o prácticas dañinas que menoscaban la libertad de las personas y de los grupos a los que pertenecen. La defensa de lo anterior es la premisa de este trabajo. El racismo es el primer paso para la discriminación. Como señala Bobbio, el racismo “nace cuando el otro no sólo es considerado diferente, sino en cuanto diferente, por el solo hecho de ser diferente, es considerado también inferior, debe ser objeto de dominio”. Bobbio, Norberto, *Elogio de la templanza y*

principle—. La propuesta final tratará de incorporar esa teoría a la nuestra sobre las *affirmative actions* y justificar su aplicación desde el punto de vista de los grupos desfavorecidos.

En el capítulo cuarto propondremos una aplicación más amplia de los planes de *affirmative actions*. Haremos énfasis en el estudio de los medios que usa el juez para conocer si determinada *affirmative action* es constitucional o no. Según la doctrina de Thayer antes mencionada, el juez constitucional tratará con especial deferencia las normas emanadas del legislativo, a menos que la norma contenga criterios raciales u otros de los considerados sospechosos. Si las *affirmative actions* están diseñadas para favorecer a las minorías diferenciadas y aisladas, ¿debe seguir el juez al pie de la letra la doctrina de las clasificaciones sospechosas? Esta es la pregunta que trataremos de responder.