

Igualdad y acciones afirmativas

Mario SANTIAGO JUÁREZ



IGUALDAD Y ACCIONES AFIRMATIVAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 399

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición: Doris Adriana Torres Rodríguez
y Karla Beatriz Templos Nuñez
Formación en computadora: Juan Rendón Martínez

MARIO SANTIAGO JUÁREZ

IGUALDAD Y ACCIONES AFIRMATIVAS



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN
México, 2007

CONTENIDO

Prólogo	XIII
Miguel CARBONELL	
Agradecimientos	XIX
Introducción	1

CAPÍTULO PRIMERO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. El principio de igualdad: nociones generales	13
1. Igualdad y generalidad de la norma	14
2. Igualdad ante la ley e igualdad en la ley	15
3. La igualdad en los Estados Unidos de América: entre la libertad y la igualdad	18
4. Antecedentes de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América	24
5. Interpretación de la cláusula de igualdad	28
6. El principio de separados, pero iguales	33
7. La <i>judicial review</i> y la defensa de la cláusula de igual- dad	35
II. La defensa de la igualdad desde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América	41
1. ¿Justicia o moral pública?	43
2. La tradición del juez en el <i>common law</i>	46

3. La *judicial review* 48

4. La supremacía constitucional 50

5. Sentencia *Marbury vs. Madison* 57

6. La dificultad contramayoritaria 61

7. La democracia radical. El constitucionalismo en peligro 67

8. Soluciones a la dificultad contramayoritaria 70

9. La abstracción de las normas constitucionales 94

10. La última palabra sobre las *affirmative actions* 100

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL JUICIO DE IGUALDAD

I. Introducción 103

II. Entre política y derecho 109

1. El *Classical Legal Thought* 112

2. La sentencia *Lochner vs. New York* 120

3. Jurisprudencia pragmática-instrumental 123

4. El cambio de paradigmas en el derecho norteamericano . 125

5. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el *New Deal* 126

6. El realismo jurídico en la Corte Suprema de los Estados Unidos 130

7. El juicio de constitucionalidad después de *Lochner vs. New York* 134

8. La sentencia *United States vs. Carolene Products Co.* El nuevo estándar de revisión 138

9. El escrutinio estricto o *strict scrutiny*: *Korematsu vs. United States* 142

III. La Corte Suprema de los Estados Unidos frente a la segregación	147
1. Los antecedentes de la sentencia <i>Brown vs. Board of Education</i> : la lucha legal contra la segregación	148
2. El originalismo: la interpretación de la ortodoxia	162
3. Otras clasificaciones: mujeres, extranjeros, hijos ilegítimos	174
4. Derechos de interés fundamental	188

CAPÍTULO TERCERO

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

I. Introducción	191
II. La concepción de la igualdad	194
1. El concepto de <i>affirmative action</i>	197
2. ¿Rasgo diferenciador sospechoso?	200
3. Miembros históricamente discriminados	202
4. Discriminación justa	205
5. Justificaciones de las <i>affirmative actions</i>	208
6. Los argumentos en pro de las <i>affirmative actions</i> basados en una justicia compensatoria	208
7. ¿Responsabilidad de quién?	212
8. El argumento utilitarista	216
9. El utilitarismo en el pensamiento de Ronald Dworkin	218
10. John Hart Ely y la defensa procedimental de las <i>affirmative actions</i>	223
11. Nuevo principio distributivo: la igualdad entendida desde la teoría antisubordinatoria	225

12. El principio de igualdad como prohibición de la subordinación social	228
13. La futilidad inherente en la búsqueda de la intención legislativa	239
III. Por una reinterpretación de la igualdad por los tribunales	244
1. Los derechos sociales y la prohibición de la subordinación	251
2. Minorías sin representación política	255
3. El inmigrante como paria	256
4. ¿Por qué no el derecho al sufragio para los inmigrantes?	260
5. Argumentos en contra de las <i>affirmative actions</i>	261

CAPÍTULO CUARTO

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

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: las affirmative actions en peligro</i>	328
14. Antecedentes de las sentencias <i>Grutter vs. Bollinger</i> y <i>Gratz vs. Bollinger</i>	334
15. Corolario	346
Conclusiones	351
Epílogo	357
Bibliografía	367

Primera edición: 2007

DR © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-4423-2

Igualdad y acciones afirmativas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 28 de septiembre de 2007 en Impresores Profesionales, Calle 6, número 208, colonia Agrícola Pantitlán, 08100 México, D. F. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

PRÓLOGO

Mario Santiago Juárez ha dado en el blanco de uno de los temas más polémicos, pero también más relevantes, del debate constitucional contemporáneo: las acciones afirmativas. Se trata de una serie de mecanismos encaminados a hacer realidad uno de los grandes ideales del constitucionalismo: la igualdad. Pero una igualdad que vaya más allá de la perspectiva de la no discriminación, una igualdad *real*, en los hechos y no simplemente en los textos jurídicos.

En el fondo de la discusión sobre las acciones afirmativas se encuentra una opción ideológica referida a la función que debe tener el derecho en las sociedades contemporáneas. La cuestión interesante para el derecho constitucional es saber si por medio de las normas jurídicas se pueden y se deben revertir las desigualdades sociales existentes o si el ordenamiento jurídico se tiene que limitar a prohibir cualquier forma de discriminación por medio de la previsión de una igualdad formal (igualdad ante la ley o mandato de no discriminación).

Como se decía, lo que late detrás de este tema es una interrogante más amplia sobre el papel del derecho en las sociedades modernas: ¿el derecho debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para modelar esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?,¹ es decir, ¿el derecho tiene la capacidad para servir como un motor de transformación social sin por ello dejar de servir a los valores que le dan legitimidad?

Para quienes, como el autor de este libro, sostienen la pertinencia de avanzar hacia esquemas de igualdad sustancial o real a través de las normas jurídicas las preguntas anteriores tienen una respuesta clara: el derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estaría perpetuando el *status quo* y negando con ello el

¹ Una novedosa perspectiva sobre la forma en que debemos entender la justicia puede verse en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo M., *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.

sentido mismo de la igualdad tal como ha sido entendida por lo menos desde Aristóteles.

Llegados a este punto, la cuestión lejos de simplificarse parece complicarse a cada paso. Muy bien. Supongamos que el derecho debe servir no solamente para decirnos que todos somos iguales, sino también para *hacernos* más iguales. ¿Cómo lograr ese objetivo sin afectar a otros bienes de rango constitucional?, ¿cómo lograr la igualdad partiendo de reconocer que no todos somos iguales?, si es verdad que no todos somos iguales, ¿qué desigualdades debemos tomar en cuenta para efecto de perseguir por medio de las normas jurídicas una mayor igualación social? En concreto, ¿podemos tomar en cuenta alguno de los rasgos incluidos en el mandato de no discriminación contenido, por ejemplo, en el párrafo tercero, del artículo 1o. de la Constitución mexicana, para efecto de corregir desigualdades?, es decir, ¿podemos utilizar el criterio del sexo de una persona o la raza para construir un supuesto normativo que haga más iguales a quienes son mujeres o tienen la piel de X o Y color?, y si aceptamos esos rasgos como válidos para efectos de un tratamiento normativo diferenciado ¿podemos también aceptar el criterio de las preferencias sexuales o el de las creencias religiosas y crear un sistema de protección especial para los homosexuales o para los practicantes del shintoísmo?

Las respuestas para todas estas preguntas, que no siempre resultan sencillas de formular, creo que se pueden encontrar en el texto de Mario Santiago. Algunas son analizadas expresamente y otras subyacen al conjunto de la obra.

La perspectiva elegida por el autor toma como punto de partida la frondosa jurisprudencia norteamericana, construida sobre todo alrededor del texto de la enmienda XIV de su Constitución. Pero una de las mayores virtudes del libro es que no se limita a hacer un recuento de casos y argumentos, sino que mezcla en su análisis cuestiones de teoría general de los derechos fundamentales e incluso de teoría general de la Constitución. Esto sucede, por ejemplo, cuando examina el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales y de la jurisdicción constitucional. Este carácter, que ha sido puesto en evidencia por muchos autores, es particularmente marcado en el debate constitucional norteamericano, pues en ese país se han producido avances importantes a partir de decisiones de sus tribunales (sobre todo de su Corte Suprema), que al momento de ser emitidas seguramente no estaban apoyadas por el parecer mayoritario de los ciudadanos. Pero justamente para eso está la jurisdic-

ción constitucional: para proteger a las minorías “discretas e insulares” o a los grupos “diferenciados y aislados”, tal como lo anunciaba la famosa nota al pie número 4 de la sentencia dictada en el caso *United States versus Carolene Products Co.* de 1938.

En última instancia, el constitucionalismo cobra sentido cuando es capaz de proteger al disidente aislado, a esa voz heterodoxa que a través de su pensamiento alternativo nos obliga a repensar cuestiones que damos por normales y aceptadas, pero que muchas veces reflejan y ocultan a la vez profundos prejuicios.

Desde luego, no podemos obviar que detrás del debate en torno a la “cuestión contramayoritaria” late una tensión de mayor amplitud entre el constitucionalismo y la democracia, como lo pone de manifiesto Mario Santiago y como lo ha analizado recientemente en un magnífico texto Pedro Salazar Ugarte.² Pero tampoco hay que exagerar el alcance de esta tensión. No son pocos los autores que advierten sobre los riesgos de que el constitucionalismo termine devorando a la democracia, de que los derechos fundamentales “fagociten” el debate público.³

Lo cierto es que, como se aprecia con enorme claridad en el libro de Mario Santiago, ese riesgo puede ser cierto a nivel analítico, pero no se ha dado nunca en la realidad histórica. Es decir, aunque puede ser interesante que los expertos nos llamen la atención sobre los peligros de que el constitucionalismo pueda sofocar o limitar el debate público, los operadores jurídicos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional no deberían sentirse limitados por tales advertencias, sino que deberían ejercer a fondo las facultades que, por otro lado, les dan las Constituciones para defender los derechos fundamentales frente a los abusos y atropellos de las mayorías parlamentarias y de amplias capas de la sociedad que todavía no han entendido los alcances de tales derechos. En otras palabras: el activismo judicial *realmente existente* no ha supuesto en el pasado, no está suponiendo en la actualidad ni se vislumbra que pueda suponer en el futuro ningún tipo de riesgo efectivo para la democracia. El llamado *gobierno de los jueces* sigue siendo más una profecía que una realidad.

² Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.

³ Esta es la posición defendida, por ejemplo, por Ana Pintore en el debate que sostiene con Luigi Ferrajoli, véase de Pisarello, Gerardo y Cabo, Antonio de (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

En sentido inverso, lo que sí podemos constatar históricamente es el abuso de las mayorías parlamentarias para eliminar con cualquier posible forma de disidencia o de pensamiento alternativo. No hace falta recurrir a los clásicos ejemplos de asesinatos que se hacen de una u otra manera con el poder de un Estado: Hitler, Mussolini y Franco (el primero de ellos por vía democrática, por cierto), sino que basta con recordar algunos de los despropósitos recogidos por la legislación norteamericana que son examinados por Mario Santiago.

Habrán sido tomados por la mayoría parlamentaria que sea, pero ¿puede defenderse una ley que prohíbe a los niños afroamericanos ir a las mismas escuelas que los niños blancos? (Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, resuelto en 1954 por la Suprema Corte de los Estados Unidos); ¿qué tiene de democrática una decisión que ordena a las parejas mayores de edad que se abstengan de utilizar pastillas anticonceptivas? (*Griswold vs. Connecticut*, resuelto en 1965); ¿cómo se justifica que un código penal sancione las relaciones homosexuales consentidas entre adultos? (Caso *Lawrence vs. Texas*, resuelto en 2003). Las citas y los ejemplos podrían multiplicarse; el lector podrá encontrar las explicaciones y los análisis pertinentes en el libro de Mario Santiago.

Lo importante en este momento es señalar dos cuestiones concretas: la primera es que aunque la tensión entre constitucionalismo y democracia existe a nivel teórico, no se ha manifestado a nivel práctico en contra de los ideales democráticos ni se ha proyectado para sofocar el debate público o para impedir la vigencia del principio de mayoría; la segunda es que el modelo de la democracia constitucional exige y lleva implícita una fuerte dosis de activismo judicial. Nos puede gustar más o menos ese activismo, pero si lo objetamos debemos ser conscientes de que, a la par, estamos yendo en contra del modelo de constitucionalismo democrático en su conjunto. Es una opción ideológica y analítica válida, sin duda, pero quienes la adoptan deben hacerlo explícitamente, sin enmascarar su discurso detrás de tecnicismos.

Además de las cuestiones mencionadas, creo que hay un elemento adicional que hace de la publicación del libro de Mario Santiago un evento venturoso: su oportunidad. En efecto, en México se ha generado un poderoso movimiento para intentar disminuir la pavorosa desigualdad que caracteriza al país desde los tiempos de la Colonia, y aún antes seguramente. En este contexto, en el que se están produciendo esfuerzos muy importantes como la expedición de una Ley Federal para Prevenir y Eli-

minar la Discriminación o como la creación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), creo que una obra como la de Mario Santiago nos suministra un excelente mirador para poder dirigir correctamente el debate público alrededor del tema de la igualdad. Y lo hace además, y ésta es otra más de las grandes virtudes del texto, desde la altura intelectual que le proporciona el derecho comparado, que por tantos años ha sido una perspectiva minusvalorada entre los constitucionalistas mexicanos.

Las referencias que nos aporta Mario Santiago deben ser aprovechadas en varios niveles e instancias. Creo que deben ser estudiadas, analizadas y, en su caso, utilizadas por nuestros jueces federales, para mejorar la forma en que se resuelven casos referidos al principio de igualdad. También deben ser atendidas por todos aquellos funcionarios que, desde la administración pública, diseñan planes de acción afirmativa, en cumplimiento con lo que establecen diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Finalmente, sería deseable que este libro llegara a las escuelas y facultades de derecho, sobre todo a los cursos de posgrado, pues es desde la formación jurídica básica que se pueden comenzar a remover los paradigmas tradicionales que tan negativos se han demostrado en los años recientes. Hace falta una gran revolución de la conciencia jurídica de México y el libro de Mario Santiago es una aportación de primer orden para ese objetivo. Nos demuestra que el talento y el esfuerzo bien dirigidos, al cabo, terminan valiendo la pena.

Miguel CARBONELL*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

AGRADECIMIENTOS

Este libro tiene su origen en mi tesis doctoral, de ahí que los agradecimientos estén dirigidos a los que hicieron posible que yo terminara el trabajo de investigación del doctorado.

No hubiera podido concluir mi proyecto sin la ayuda de mis padres y hermanos: en ellos encontré un apoyo permanente durante mi estancia en España.

A Macarena Rodríguez-Casanova le agradezco su entrega incondicional, la confianza que siempre tuvo en mis proyectos, así como sus comentarios al último borrador del documento.

Los dos últimos años en la Universidad Carlos III conté con la benéfica beca-crédito del Fondo para el Desarrollo de Recursos Humanos (FIDERH).

Estoy en deuda con el senador Arturo Núñez Jiménez y con el licenciado Rubén Gorra Tejero por el invaluable apoyo que me brindaron.

Si la investigación tiene algo de exhaustividad se debe a la dirección siempre eficaz de Ascensión Elvira Perales. Estoy seguro de que sin su ayuda la calidad de la investigación no hubiera sido la misma; no es común encontrarse directores de tesis que se tomen tan en serio su labor.

Agradezco a Miguel Carbonell el apoyo para la publicación de este libro. En septiembre de 2006 le hice llegar las casi quinientas páginas del documento a sus oficinas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; tan solo seis días después había leído el texto en su totalidad, al tiempo que me comunicaba la posible publicación del trabajo. El profesionalismo y entusiasmo con el que Miguel se desempeña es admirable.

Por último, agradezco a mis amigos del doctorado que hicieron agradables los años dedicados a esta investigación.

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.¹

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”,² 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.³

¹ 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.

² 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, se accedió a la página el 19 de junio de 2003.

³ 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.⁴

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 raza⁵ 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.⁶ 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, se accedió a la página el 6 de agosto de 2004.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.⁷

Las *affirmative actions* son una respuesta, entre otras muchas, a esas desigualdades.⁸ Los planes que contienen algunas *affirmative action*⁹ 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.¹⁰

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.¹¹ Pero

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

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

¹¹ 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.¹² 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,¹³ a los precedentes judiciales¹⁴ o a la tradición jurídica.¹⁵

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

¹² 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.

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

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

¹⁵ 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,¹⁶ relacionada con la justicia distributiva, que toma en cuenta las realidades sociales (resultado de discriminaciones

¹⁶ 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,¹⁷ 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.¹⁸

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.¹⁹

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.²⁰ 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-

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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 judicial²¹ 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?²²

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-

²¹ 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.

²² 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.²³

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”.²⁴

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.*²⁵ 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”.²⁶ La

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

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

²⁵ 304 U. S. 144 (1938).

²⁶ 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.²⁷ 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.

²⁷ 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 discriminación²⁸ 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.

²⁸ 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.

El principio de igualdad: nociones generales	13
1. Igualdad y generalidad de la norma	14
2. Igualdad ante la ley e igualdad en la ley	15
3. La igualdad en los Estados Unidos de América: entre la libertad y la igualdad	18
4. Antecedentes de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América	24
5. Interpretación de la cláusula de igualdad	28
6. El principio de separados, pero iguales	33
7. La <i>judicial review</i> y la defensa de la cláusula de igualdad	35
II. La defensa de la igualdad desde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América	41
1. ¿Justicia o moral pública?	43
2. La tradición del juez en el <i>common law</i>	46
3. La <i>judicial review</i>	48
4. La supremacía constitucional	50
5. Sentencia <i>Marbury vs. Madison</i>	57
6. La dificultad contramayoritaria	61
7. La democracia radical. El constitucionalismo en peligro	67
8. Soluciones a la dificultad contramayoritaria	70
9. La abstracción de las normas constitucionales	94
10. La última palabra sobre las <i>affirmative actions</i>	100

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: NOCIONES GENERALES

La palabra “igualdad” deriva del latín *aequitas*, que significa uniformidad, nivel, justa proporción, semejanza. Como señala Martínez Tapia, la igualdad constituye un valor supremo e indispensable de toda convivencia, que ha encontrado su expresión más completa en el Estado social de derecho.²⁹ El primer gran defensor de la igualdad fue Herodoto. Uno de sus temas centrales fue la exaltación de la igualdad frente a la tiranía. Para él, el sistema político del hombre libre se caracteriza por la igualdad en su triple dimensión: de *isonomía* o igualdad ante la ley, *isocracia* o igualdad de poder e *isegoría* o igualdad de palabra. Por su parte, Anaximandro y Heráclito concebían la igualdad como un componente esencial de la idea de una justicia cósmica.³⁰ Sin embargo, la verdadera especulación sobre el significado de la igualdad se inicia con Aristóteles. En su pensamiento encontramos una serie de ideas que forman el patrimonio de la cultura jurídica contemporánea. En primer lugar, la vinculación de la igualdad a la justicia y la formulación de la siguiente regla: “Parece —dice el filósofo— que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.³¹

La búsqueda de la igualdad ha estado relacionada con la justicia. Ya Aristóteles formula la clasificación de la justicia, distinguiendo entre justicia general o legal —que propiamente no es una especie de justicia, sino una virtud general que encierra todas las virtudes— y la justicia particular,

²⁹ Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 13.

³¹ Aristóteles, *Política*, traducción de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, p. 89.

cuyo objeto es “lo igual”, y que trata de lograr la igualdad entre los hombres. A esta justicia particular la divide, a su vez, en justicia distributiva, que tiene por finalidad distribuir las cargas y los bienes entre los hombres de la sociedad según una igualdad proporcional, y la justicia “correctiva” o “conmutativa”, que obliga a dar a cada uno lo suyo en perfecta igualdad entre el dar y el recibir.³²

1. *Igualdad y generalidad de la norma*

La lucha por la igualdad comienza con la creación del Estado liberal; es decir, como reacción contra el Estado absolutista. El principio de igualdad fue ideado como límite al poder, evitando así que el Estado distinguiese a las personas otorgando privilegios basados en la clase social. De esta forma nace el artículo 1o. de la Declaración de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho”.

Para el pensamiento liberal, las exigencias de la igualdad sobre el legislador se manifestaban en los requisitos que debía tener la ley. Para Rousseau, los requisitos eran: origen democrático, lo que aseguraba su imparcialidad frente a cualquier forma de favoritismo, pues la voluntad general no podría crear leyes injustas; generalidad, que se manifiesta en un derecho formado por normas dirigidas a un abstracto *homo iuridicus*, que es el hombre y el ciudadano, y en su aplicación sin excepción de personas, y abstracción, en cuanto que los contenidos de las normas describen supuestos de hecho con consecuencias jurídicas que conciernen a todos los supuestos concebibles y a todas las situaciones posibles.³³ Todo ello garantizaba los valores de la igualdad y la certeza jurídica y la eliminación de las leyes singulares.³⁴

³² Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al derecho*, México, McGraw-Hill, 1995, pp. 339 y 340.

³³ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Espasa Calpe, 1975, p. 63. “Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos y a las acciones como abstractos: nunca toma a un hombre como individuo ni una acción particular. Así, la ley puede estatuir privilegios; pero no puede darlos especialmente a nadie”.

³⁴ Martínez Tapia, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, cit., p. 94. La generalidad la concebía san Isidoro como un requisito intrínseco de la ley, es decir, que no se dirigiera a la consecución de intereses privados, sino a la utilidad común de todos los ciudadanos. Citado por Pérez Luño, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 22. Esta idea es sostenida más tar-

2. *Igualdad ante la ley e igualdad en la ley*

La evolución histórica de este principio ha dividido la idea de la igualdad en dos conceptos distintos, a saber: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. En primera instancia parece pertinente señalar que las dos comparten una misma idea: el cumplimiento del principio de igualdad; sin embargo, sus destinatarios son distintos.

La igualdad ante la ley hace referencia, según las palabras de Francisco Rubio Llorente, a su eficacia: “a la necesidad de que la norma sea aplicable por igual a todos aquellos que se encuentran en una situación descrita en el supuesto”.³⁵ La igualdad ante la ley se interpreta entonces como un principio que nos señala que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin ofrecer fundamentación razonable y suficiente para ello.

De ahí que se señale que la igualdad requiere de reglas fijas, porque su modificación, durante el proceso de valoración, podría alterar las circunstancias en perjuicio o en beneficio de alguien. En términos generales puede decirse que si ahí donde se requiere de un trato imparcial, los hombres son tratados de forma desigual, es, en principio, injusto, a menos que el trato diferente pueda ser justificado. La justicia requiere del juez que considere a las partes como jurídicamente iguales; por tanto, las únicas diferencias que el juez puede considerar como relevantes son aquellas que el derecho le exige tomar en cuenta.³⁶ De ahí que la igualdad en la aplicación de la ley se equipare a la legalidad; es decir, al cumplimiento de la ley. Por esto, la igualdad en la aplicación de la ley podría ser cumplida perfectamente en una ley desigual.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de establecer lo que entiende por igualdad ante la ley. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia 49/1982,³⁷ donde se señala que la igualdad jurídica del artículo

de por Grocio en: *De iure belli ac pacis*. Este texto se pueden encontrar en castellano en: *Del derecho de presa; del derecho de la guerra y de la paz: textos de las obras “De iure praedae” y “De iure belli ac pacis”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

³⁵ Voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente a la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983, del 22 de noviembre. Lo mismo lo sostiene en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 614.

³⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Igualdad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, t. II, 1999.

³⁷ STC del 14 de junio de 1982.

14 constitucional es la igualdad ante la ley, lo que no se vincula necesariamente con una igualdad material o sustancial efectiva.³⁸

La igualdad en la ley, en cambio, apunta a su contenido, por lo que se constituye como un límite a la libertad del legislador: para respetarla, el legislador “no puede establecer distinciones entre supuestos de hecho que, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la norma, debiera[n] ser considerados iguales, de manera que su diferenciación ha de ser tenida por arbitraria y discriminatoria”.³⁹ Constituye por esto un límite al legislador y contempla la igualdad en el tratamiento dado por la ley.⁴⁰ Concluimos entonces que el principio de igualdad está dirigido tanto al legislador, que debe crear leyes que cumplan con el mandato de igualdad, como a los que la aplican.

No obstante, el principio de igualdad no impone que todos los sujetos destinatarios de las normas tengan los mismos derechos: no impide que a dos situaciones distintas se les imponga dos consecuencias distintas.⁴¹ De ahí que los juicios de igualdad sean siempre juicios valorativos, pues afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común y relevante.⁴² Este discernimiento se traduce en una clasificación legal, misma que determinará el rango de personas que van a ser afectadas por alguna carga o beneficio de una ley. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha entendido que el principio de igualdad no implica tratar a todas las personas por igual; así lo establece en su sentencia *Tigner vs. Texas* que señala: “La Constitución no exige que dos cosas distintas de hecho sean tratadas en la ley como si ellas fueran iguales”.⁴³ Por tanto, tenemos, por una parte la necesidad del Legislativo de

³⁸ Añón, María José, *Igualdad, diferencia y desigualdades*, México, Fontamara, 2001, pp. 39 y ss.

³⁹ Voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente a la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983, del 22 de noviembre.

⁴⁰ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 42.

⁴¹ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, cit., p. 611; Lucas, Javier de, “La igualdad ante la ley”, *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, p. 495.

⁴² Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 84.

⁴³ “The equality at which the «equal protection» clause aims is not a disembodied equality. The Fourteenth Amendment enjoins ‘the equal protection of the laws,’ and laws are not abstract propositions... The Constitution does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same”. 310 U. S. 141, 147 (1940).

clasificar, es decir, especializar, y, por otra, el mandato general de la igualdad contenido en la Constitución.⁴⁴

Lo que hace que una norma sea desigual es que los criterios que utiliza para determinar sus clasificaciones sean arbitrarios, pues el principio de igualdad exige que los rasgos tomados en cuenta para las clasificaciones sean relevantes. Para Laporta, las diferencias serán “razonables” cuando éstas sean moralmente relevantes, es decir, si son recogidas como tales en principios morales.⁴⁵

Más arriba señalamos que para Francisco Rubio Llorente el rasgo que ha de considerarse relevante en el juicio de igualdad debe estar relacionado con la finalidad de la distinción. Sin embargo, la finalidad de las normas entraña otro problema, pues de ella no se deducen ideas de corrección ética o moral.

Es aquí útil introducir la idea de razonabilidad. Para Atienza, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable.⁴⁶ Para Perelman, lo razonable tiene un límite que viene marcado por el auditorio. Es irrazonable, afirma, lo que es inadmisibile en una comunidad en un momento dado.⁴⁷ Como vemos, la idea de razonable es un tema crucial; sin embargo, no existe consenso. Nuestra propuesta sobre lo que debemos entender por razonable en el contexto de las *affirmative actions* sería la siguiente: medidas que, diseñadas para favorecer a minorías diferenciadas y aisladas, son de hecho benéficas. Estas medidas, además, no menoscaban derechos fundamentales de terceros.

⁴⁴ Lo mismo podemos decir del Tribunal Constitucional español “El principio de igualdad jurídica prohíbe la discriminación, pero no que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra”. STC 34/1981, del 10 de noviembre de 1981; Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 73.

⁴⁵ Cfr. Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, pp. 14 y 18.

⁴⁶ Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de razonable”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 189-200.

⁴⁷ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 193. Para él, el juez debe decidir “en función de los valores que dominan en la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones”.

3. *La igualdad en los Estados Unidos de América: entre la libertad y la igualdad*

Para la tradición europea, la libertad y la igualdad son valores del Estado de derecho; aquel Estado contrario al absolutismo, que es, asimismo, legado de la Revolución francesa. Sin embargo, diversos autores han encontrado en estos dos principios una contradicción. Así, para Leibholz: “libertad e igualdad democrática no se hallan en una relación de recíproca y fácil armonía”. Para él, la libertad y la igualdad democrática se encuentran en una relación de tensión insoluble: “La libertad genera fatalmente desigualdad y la igualdad no puede por menos de coartar la libertad. Cuanto más libres son los hombres, tanto mayor desigualdad les espera. Y cuanto más iguales en el sentido radical-democrático, tanto más se alejan de la libertad de sus vidas”.⁴⁸

El punto de vista para el cual la libertad y la igualdad se oponen entre sí arranca de Edmund Burke y sus *Reflections on the French Revolution*, de 1790, y desde entonces se vuelve un clásico para todas las teorías de la democracia, siendo Alexis de Tocqueville el más insigne de ellos. Parece, en un primer momento, que habría que escoger entre estos dos principios, pues favorecer ambos no suena sencillo. Esta idea se ha mantenido en el pensamiento de tratadistas posteriores. Así, Tussman comienza un famoso ensayo señalando: “...Americans have been more concerned with liberty than with equality”.⁴⁹

Sin embargo, autores como Martín Kriele no ven contradicción entre los principios de libertad e igualdad, pues el principio de igualdad proviene, del mismo modo que el principio de libertad, de la concepción dialéctica del derecho natural que constituye la base histórica e ideológica del parlamentarismo. El establecimiento de la igualdad no significa otra cosa que el establecimiento de la libertad: “libera al siervo, al esclavo, luego al

⁴⁸ Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 37.

⁴⁹ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 37, 1948-1949, p. 380. “But whatever our past or present preferences, it is certain that a concern with equality will be increasingly thrust upon us. We have tended to identify liberty with the absence of government; we have sought it in the interstices of the law. What happens, then, when government becomes more ubiquitous? Whenever an area of activity is brought within the control or regulation of government to that extent equality supplants liberty as the dominant ideal and constitutional demand”.

proletario, crea así la condición mínima para una vida conforme a la naturaleza del hombre. El establecimiento de la igualdad disminuye ciertamente las libertades del propietario de esclavos, del señor, del explotador, etcétera; pero lo hace en nombre de la libertad del hombre”.⁵⁰

Aunque es verdad que la tradición política norteamericana parece favorecer a la libertad ante la igualdad, las alusiones a este último principio en los Estados Unidos se remontan a los preámbulos a la Declaración de Independencia de 1776: “Consideramos evidente las siguientes verdades: que todos los hombres son creados iguales; que recibieron de su creador ciertos derechos inalienables...”.⁵¹ El texto sería confirmado luego de la guerra revolucionaria en el Tratado de París de 1783.⁵²

Poco tiempo después de la Declaración de Independencia, el Congreso Continental propuso el Estatuto de la Confederación, ratificado en 1781 por la totalidad de los trece estados. La Confederación creada era débil. El gobierno central tenía amplios poderes sobre las fuerza armadas; sin embargo, en cuestiones domésticas casi todas las facultades estaban reservadas a los estados. La insatisfacción llevó a los confederados a buscar redactar la Constitución en 1787.

El hecho de que la Constitución omitiera el tema de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad, es el producto, por una parte, de factores históricos que llevaron a que los autores de la Constitución se concentraran en discutir temas referentes a la relación entre los Estados y la Unión, y apenas aludieron a la relación entre el poder público y el individuo.

De ahí que Hamilton señalara que si las declaraciones de derechos

...son originalmente pactos entre los reyes y sus súbditos, disminuciones de la prerrogativa real a favor de fueros, reservas y de derechos que no se

⁵⁰ Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 468 y 469.

⁵¹ La Declaración de Independencia consiste en una lista de motivos que habían dado lugar a esa resolución. Thomas Jefferson, creador del borrador, antepuso a esta lista unos famosos preámbulos, en donde se utilizan categorías de derecho natural racional y se recurría a la libre posibilidad de desarrollo del individuo para justificar el fin, la forma y la legitimación del poder político. Cfr. Adams, Willi P., *Los Estados Unidos de América*, traducción de Máximo Cajal y Pedro Gálves, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996, pp. 25 y 26.

⁵² Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavalía, 1988, p. 11.

abandonan al príncipe. De esta índole es la carta magna arrancada por los barones, espada en mano, al rey Juan... Es evidente, por lo anterior, que, de acuerdo con su significado primitivo no tienen aplicación en el caso de las Constituciones, las cuales se fundan en hipótesis en el poder del pueblo y se cumplen por sus representantes y servidores inmediatos. Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho particular. “Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”. Aquí tenemos un reconocimiento de los derechos populares superior a varios volúmenes de esos aforismos que constituyen la distinción principal de las declaraciones de derechos de varios de nuestros Estados, y que sonarían mucho mejor en un tratado de ética que en la Constitución de un gobierno.⁵³

No estamos ya ante el “Estado-persona”, donde el rey está sujeto a la ley, sino ante el “Estado-ordenamiento”; ante el conjunto de derecho vigente, encabezado por el legislador, que, por su propia naturaleza, es el señor de la ley, por lo que no podía estar sujeto a ella.⁵⁴ Desde el punto

⁵³ Hamilton, “Federalista”, en Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, núm. 84, pp. 367 y 368. La publicación de *El Federalista*, una serie de ensayos de Madison, Hamilton y John Jay, que aparecieron entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en diferentes periódicos de la época (*New York Pocket Independent Journal* y *Daily Advertiser*), pretenden ser una defensa racionalista de la Constitución federal propuesta. Ackerman señala que, según una visión bastante aceptada por los tratadistas norteamericanos, Publio (Publius —el Publicola de Plutarco—) seudónimo utilizado por los tres autores de *El Federalista*, es el portavoz de una elite de propietarios que estaban aprovechando la Constitución como medio para sofocar la revolución estadounidense antes de que se perdiera toda posibilidad de control sobre ella. Para Ackerman, el federalista es algo más que eso: sobre estos ensayos fundamenta su tesis dualista de la Constitución. Nos ocuparemos más tarde de analizar ésta. Ackerman, Bruce A., “¿Un neofederalismo?”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 178. Este ensayo, traducido al castellano, es una versión abreviada y revisada de Ackerman, Bruce A., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *Yale Law Journal*, vol. 93, 1983-1984, pp. 1013-1072. Existe otra traducción en Ackerman, Bruce A., *La política del diálogo liberal*, traducción e introducción de Gabriela Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999, capítulo 5, pp. 165-215. Sobre esto véase, también, Astra, Antonio, “Alexander Hamilton y la filosofía política”, *Contra Clave*, en línea: <http://www.contraclave.org/filosofia/hamilton.pdf>.

⁵⁴ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003, p. 48.

de vista del Estado como legislador, señala Gustavo Zagrebelsky, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino como una autolimitación y como una concesión. De ahí que Hobbes señalara: “estar sujeto a sí mismo no es sujeción sino libertad”.⁵⁵ Sin embargo, el texto constitucional muestra una predominante preocupación por imponer restricciones al poder y de esta forma salvaguardar lo que se consideraba que eran derechos y libertades individuales preexistentes. Así, en la tradición jurídica norteamericana los derechos fundamentales se asocian a la obligación del Estado de no infringir ciertas libertades básicas, hecho relacionado con la permanente tensión entre Estado y ciudadanos.⁵⁶

En 1791 se añadió a la Constitución una declaración de derechos consistente en diez enmiendas que conforman el *Bill of Rights*. Aquella declaración significó una limitación importante de los poderes del Estado sobre el individuo.⁵⁷

Las enmiendas producto de la guerra civil no acabaron de dejar claro los contornos de los derechos fundamentales. Esto debido a la tendencia a utilizar un lenguaje general y frecuentemente vago en la enumeración de los preceptos de la declaración de derechos y de las enmiendas de la guerra civil, como el *due process of law* y *the equal protection of the laws*.

Además de las razones históricas para el silencio de la Constitución de 1787 sobre los derechos fundamentales, existe, según Rosenfeld, una razón filosófica, pues en la mentalidad norteamericana del siglo XVIII los derechos individuales no tenían su origen en una concesión hecha por el Estado, sino que “preexistían a toda organización política”;⁵⁸ idea que compartían los miembros de la generación de la Constitución y que estaba influenciada por las ideas de John Locke, para quien

⁵⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, traducción de A. Escotado, Madrid, Editora Nacional, 1983, parte II, capítulo XXIX.

⁵⁶ Oliviero, Melanie B., “Human Needs and Human Rights: Wish Are More Fundamental?”, *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991, pp. 911-920.

⁵⁷ La enmienda V establece varios derechos de los ciudadanos, para ello garantiza que nadie será obligado a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación formal o de procesamiento por un gran jurado. Tampoco se podrá procesar a nadie dos veces por el mismo delito en un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o de la integridad corporal. Esta enmienda prohíbe la autoincriminación (estableciendo el derecho a no declarar contra uno mismo). Y el derecho a un juicio con las debidas garantías procesales: *due process of law*. Asegura también que no se llevará a cabo expropiación forzada alguna sin indemnización justa.

⁵⁸ Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, Barcelona, Quaderns de Treball, Centro d'Estudis de Drets Humans, Universitat Autònoma de Barcelona, núm. 3, 1994, p. 6.

los derechos no dependen del Estado o la sociedad: la verdadera razón por la que el hombre abandona el estado de naturaleza⁵⁹ y forma una sociedad es para asegurar el disfrute de estos derechos inalienables.⁶⁰

Los individuos, según el filósofo inglés, entran a una sociedad organizada de conformidad con un contrato social que establece un poder limitado, cuya función legítima es aumentar el disfrute de los derechos naturales. Dicho poder debe otorgar protección a los derechos, a los que engloba bajo el término “property” que involucra el derecho a la vida, a la seguridad, el derecho a la propiedad y la obligación del Estado de proporcionar medios para el cumplimiento de los contratos privados.⁶¹ En la formación del constitucionalismo norteamericano la propiedad fue vista como una entidad específica que requería protección. En un sentido tradicional, la propiedad era un vehículo para dar mayor protección a otros valores: era la fuente de autonomía para la mayoría del pueblo, un límite a la autoridad del Estado. El concepto ofrecía una esfera de intimidad e independencia necesaria para la individualidad y la libertad.⁶²

Tradicionalmente, la jurisdicción de los Estados Unidos le ha otorgado una gran importancia a la libertad, oponiéndose a todo aquello que parezca minarla. Recordemos además que para la concepción liberal los derechos positivos amenazan las libertades reconocidas por la Constitución. De ahí que tradicionalmente se haya concebido el principio de igual-

⁵⁹ El estado de naturaleza es un estado de “perfecta libertad”, de “igualdad, en donde todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás”. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 36, párrafo 4.

⁶⁰ Esta es la respuesta de Locke a la pregunta que él mismo se hace: ¿cuál es el interés de los hombres en abandonar tal estado de perfecta reconciliación y dar lugar al nacimiento del poder político estatal? *Ibidem*, p. 133, párrafo 123. Sobre Locke, véase Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 45-67.

⁶¹ *Ibidem*, p. 51. “El grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y ponerse bajo un gobierno es la preservación de su propiedad, cosa que no podían hacer en el estado de naturaleza, por faltar en el muchas cosas”. Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, *cit.*, p. 134, párrafo 124.

⁶² Nedeslsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, pp. 274 y 282. La propiedad fue la quintaesencia de los derechos individuales como límite al poder del gobierno. *Ibidem*, p. 272. “La concepción y la práctica estadounidense del constitucionalismo se desarrollaron unidas a la propiedad privada: en nuestras categorías de derecho, en nuestra concepción de un gobierno limitado y en la institucionalización de derechos como límites en la revisión judicial”. *Ibidem*, p. 284.

dad como prohibición de discriminación de parte del Estado,⁶³ principio garantizado por la Constitución norteamericana. Por esto, para algunos autores forma parte de aquellos derechos negativos creados como protección de los abusos del Estado.

Una clasificación notable de los derechos negativos y positivos se la debemos a Isaiah Berlin, quien distinguió entre libertad positiva y negativa.⁶⁴ Para él, la libertad negativa significa ser dueño de sí mismo, mientras que por libertad positiva entiende el derecho a la autodeterminación. Estas dos ideas podrían parecer conceptos que no distan mucho uno del otro; sin embargo, agrega Berlin que las ideas “positiva” y “negativa” de libertad se desarrollan históricamente en direcciones divergentes, no siempre por pasos lógicamente aceptables, hasta que al final entraron en un conflicto directo la una con la otra.⁶⁵

Frank Cross apunta que en el sistema democrático las libertades negativas están sujetas a ciertas restricciones previstas en el *Bill of Rights*, por lo que la idea de una completa libertad negativa resulta falsa. Asimismo, tampoco se prevé en el sistema norteamericano un derecho a ejercer la libertad positiva de autodeterminación, es decir, un derecho a exigir acciones del Estado que se vería traducido, por ejemplo, en la obligación del gobierno de asegurar un mínimo estándar de vida.⁶⁶

El lenguaje constitucional está abierto a interpretaciones judiciales diferentes que podrían deducir derechos constitucionales negativos o positivos. Sin embargo, para algunos autores las normas constitucionales son confusas,⁶⁷ ya que lo que se podrían entender como derechos positivos, como el establecido en la enmienda VI, que consagra el derecho del acusado a ser oído en juicio, más que un derecho positivo a cargo del Estado, en realidad constituye el derecho a no ser condenado sin haberse cumplido las reglas del procedimiento penal;⁶⁸ derecho que es más bien de tipo negativo.

⁶³ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 873.

⁶⁴ Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de Belén Urrutia, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 187 y ss.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁶⁶ Currie, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986, p. 900.

⁶⁷ Bandes, Susan, “The Negative Constitution: a Critique”, *Mich. Law Review*, vol. 88, 1989-1990, pp. 2279-2292.

⁶⁸ Sobre los derechos positivos en la Constitución véase Currie, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, *cit.*, p. 869, y Hershkoff, Helen, “Positive Rights and

Los derechos negativos constitucionales se crearon para proteger a los individuos de la acción del Estado o *state action*. La acción del gobierno que pudiera afectar la vida de los ciudadanos fue entendida precisamente como un acto que amenaza las garantías individuales.⁶⁹ En consecuencia, la Constitución de los Estados Unidos ha otorgado una amplia protección a los derechos civiles y políticos, mientras que ha proporcionado poco apoyo al desarrollo de los derechos sociales y económicos; derechos que requieren una posición activa del Estado.

Para algunos, la enmienda V⁷⁰ engloba algo más que un simple derecho negativo; así lo había interpretado el magistrado Bradley, quien, en la sentencia *United States vs. Cruikshank*,⁷¹ considera que la enmienda V "...confiere un derecho positivo que no existía antes. El lenguaje utilizado es peculiar... El derecho no debe ser negado. Esto es, el derecho debe ser ejercido...".⁷² Sin embargo, la idea de que el Estado tenga obligaciones afirmativas con sus ciudadanos corresponde más a nuestra época que a aquella en que fueron adoptadas las enmiendas constitucionales.

4. *Antecedentes de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América*

Como tuvimos oportunidad de señalar, tradicionalmente se interpretó la Constitución como directa o indirectamente complaciente con la institución de la esclavitud. El texto del artículo IV negaba a los estados el poder de liberar a los esclavos fugitivos que hubiesen entrado en su territorio.⁷³

State Constitution: The Limits of Federal Rationality Review", *Harvard Law Review*, vol. 112, 1998-1999, pp. 1131-1196. Helen Hershkoff señala que las Constituciones de los estados contienen algunos derechos positivos que no contiene la Constitución federal. Pone el ejemplo concreto de la Constitución de Nueva York. Sin embargo, la doctrina de las cortes de los estados se ha equiparado, de forma errónea según Hershkoff, a lo dicho por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁶⁹ Chemerinsky, Erwin, "Rethinking State Action Constitutional Rights", *Northwestern University Law Review*, vol. 80, 1985-1986, p 507.

⁷⁰ Véase nota 57.

⁷¹ 25 Fed. Cas. 712 (1875).

⁷² Citado por Cox, Archibald, "The Role of the Supreme Court in American Society", *Marg. Law Review*, 1966-1977, vol. 50, p. 585.

⁷³ El artículo IV, párrafo 3, de la Constitución de 1787 señala: "Las personas obligadas a servir o laborar en un Estado, con arreglo a las leyes de éste, que escapen a otros, no quedarán liberadas de dichos servicios o trabajo a consecuencia de cualesquiera leyes o reglamentos del segundo, sino que serán entregadas al reclamarlo la parte interesada a quien se deba tal servicio o trabajo".

Aquel primer texto constitucional protegía a los esclavistas, que eran propietarios con todos los derechos.⁷⁴ Los derechos de los esclavistas se protegían incluso contra los procesos legislativos, pues existía la prohibición de que el Congreso legislara en contra del comercio de esclavos. Además, los Estados estaban obligados a regresar a los esclavos que escapaban de sus hogares.⁷⁵ Es más, en su texto aparecían normas que claramente hacen referencia a la institución de la esclavitud.⁷⁶ De ahí que Kriele señale que una de las peculiaridades del Estado constitucional de cuño anglosajón fue la creación de “libertad para los libres, pero no tuvo impulso hacia la igualdad... Las instituciones de la libertad tenían que

⁷⁴ La distinción del estatus legal de los negros comenzó desde el momento de su primer desembarco en tierras de las colonias inglesas (Jamestown, Virginia, en 1619). Los primeros negros no fueron reducidos a la esclavitud; en un principio se les dio el estatus de servidumbre. Véase Davis, T. R., “Negro Servitude in the United States. Servitude Distinguished from Slavery”, *The Journal of Negro History*, vol. VIII, núm. 3, 1923, pp. 247-283, y González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, en Soberanes Fernández, José Luis (dir.), México, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2002, pp. 23-31.

⁷⁵ La Ley de Esclavos Fugitivos de 1793 es la ley reglamentaria del artículo IV, sección 2, que señala: “La persona acusada en cualquier Estado por traición, delito grave u otro crimen, que huya de la justicia y fuere hallada en otro Estado, será entregada, al solicitarlo así la autoridad ejecutiva del Estado del que se haya fugado, con el objeto de que sea conducida al Estado que posea jurisdicción sobre el delito”. La ley de 1793 autoriza a diferentes instancias judiciales federales para decidir de forma inapelable y sin jurado la situación jurídica de un supuesto esclavo fugitivo. En 1850, el Congreso de los Estados Unidos votó la Ley sobre Esclavos Fugitivos, autorizando a cualquier blanco a detener y conservar cautivo a todo negro del que se sospechase que era un esclavo huido. Así, incluso los negros nacidos libres corrían el riesgo de ser capturados y reducidos a la esclavitud por falta de pruebas. Miles de ellos huyeron hacia los estados del Norte y otros muchos se refugiaron en Canadá. A esa espectacular migración se le llamó el “ferrocarril clandestino”. Se estima que entre 1820 y 1860, unos 20,000 negros hallaron asilo en Canadá. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 37-40. La Corte Suprema no defendió los derechos de los negros: en todos los casos relativos a cuestiones de esclavitud, los jueces antiesclavistas coincidieron en sus decisiones con los esclavistas. La legislación sobre los esclavos fugitivos fue defendida unánimemente. Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 60.

⁷⁶ En el artículo I, sección 2a., se establecía que el conteo de la población para la distribución de representantes y la asignación de impuestos entre los Estados debía hacerse tomando en cuenta a “personas libres” y tres quintos de “todas las demás personas”. El artículo I, sección 9a., establece que el Congreso no podrá prohibir antes de 1808 la inmigración o importación de las personas que cualquiera de los Estados ahora existentes estime oportuno admitir, pero puede imponer sobre dicha importación una contribución o derecho que no pase de diez dólares por cada persona.

ser completadas con la idea de la igualdad; más exactamente, con la idea de igualdad de derechos de los hombres a la libertad”.⁷⁷ El cambio en la concepción de la igualdad en los Estados Unidos se lo atribuye Kriele a la Revolución francesa y a la Declaración de Derechos del Hombre, pues ahí el plano filosófico llegó a convertirse en realidad.

El Estado constitucional crea libertades, pero sólo para los privilegiados. La idea jusnaturalista exige libertad para todos, pero no la puede realizar jurídicamente. Fue con la *unión del Estado constitucional y la idea de igualdad* que se creó la base para la libertad jurídicamente institucionalizada para todo el mundo.⁷⁸

La sentencia *Dred Scott vs. Sandford*⁷⁹ representa una de los pasajes más ignominiosos de la historia de la Corte.⁸⁰ Vale la pena revisar los antecedentes: en 1820, los estados del norte, en los que estaba prohibida la esclavitud, significaban la mayoría en la Cámara de Representantes: 105 delegados en comparación con los 81 pertenecientes a los estados del sur. En el Senado existía un equilibrio con 11 estados abolicionistas y 11

⁷⁷ Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 223.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 224 y 225.

⁷⁹ *Dred Scott vs. Sandford* 19 How. (1857). Un análisis exhaustivo de esta sentencia, como de su contexto histórico y político se puede encontrar en Fehrenbacher, Don E., *The Dred Scott Case. Its significance in American Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2001. Ahora se cuenta en español con un libro que recoge las sentencias más importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, incluyendo *Dred Scott vs. Sandford*: 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*, cit. Sobre la sentencia *Dred Scott*, véase pp. 138-152. Véase también Sandburg, Carl, “Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda”, en Friendly, Fred W. y Elliot, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder. Ejemplo de los 200 años de la Constitución americana*, Barcelona, Ediciones Tesis y Bosh, Casa editorial, 1987; Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de José Juan Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I, p. 98; Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1998, p. 29; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 101-104; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 141 y 145; Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, mayo-agosto de 2003, p. 151, 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. 59-61.

⁸⁰ Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit., p. 63.

esclavistas. En ese mismo año, Missouri, territorio situado al norte de la línea Mason-Dixon (línea que separaba los estados abolicionistas de los esclavistas) solicitó su ingreso a la Unión como estado esclavista. La condición de los estados del norte para aceptar su ingreso fue abolir la esclavitud por arriba de los 36°30' de latitud (como se estableció en el compromiso de Missouri). Missouri fue admitido como estado esclavista, al tiempo que Maine fue admitido como estado abolicionista, conservándose así el equilibrio del senado en 12 y 12.⁸¹

La sentencia *Dred Scott vs. Sandford* versa sobre el *status* de Dred Scott, un esclavo negro propiedad del doctor John Emerson, que servía en el ejército. En diciembre de 1833, Emerson viajó con Scott a Fort Armstrong, Illinois, estado abolicionista. Tres años después se trasladaron a Fort Snelling, cerca de lo que hoy es St. Paul, Minnesota. El territorio de Wisconsin, como se llamaba entonces, era un área donde la esclavitud había sido proscrita por el Compromiso de Missouri. Scott y su esposa permanecieron en territorio libre hasta 1838. Finalmente, por motivos de salud el doctor Emerson se trasladó con sus esclavos a Fort Jessup, St. Louis, territorio esclavista.

Poco tiempo después Dred Scott y su familia demandaron su libertad ante los tribunales del estado fundamentándose en que por haber residido en un estado “libre” ya no eran esclavos. Este primer intento por lograr su libertad se perdió en la Corte Suprema de Missouri en 1852. Posteriormente, los Scott fueron vendidos a Jonh F. A. Sanford (que fue transcrito erróneamente Sandford). Se cree que en realidad esta venta fue una maniobra jurídica, que representaba dos ventajas: 1) con un nuevo propietario había una nueva causa, cuestión que generaba nuevas esperanzas; 2) Sanford, hermano de la esposa de Emerson, residía en Nueva York, y como Dred Scott presentó su demanda en Missouri, la causa la conocería un tribunal federal —los jueces federales tienen jurisdicción en los litigios entre ciudadanos de diferentes estados—. En consecuencia, se podría esperar así un cambio de criterio.

La Corte Suprema pudo haber evitado conocer sobre el fondo del asunto, pues la primera pregunta que se planteaba en este caso era simple: ¿puede un negro, cuyos antepasados fueron importados y vendidos como esclavos en Estados Unidos, convertirse en miembro de la comuni-

⁸¹ González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 42-44.

dad política, ser tomado en cuenta por la Constitución de los Estados Unidos, y tener todos los derechos, privilegios e inmunidades garantizados por ese instrumento a los ciudadanos? La estridente respuesta negativa se fundamenta estableciendo que los esclavos negros no gozan de las garantías otorgadas por la Constitución a sus ciudadanos: los negros emancipados o no, no son ciudadanos de los Estados Unidos y no podían establecer acciones jurídicas ante los tribunales federales. No obstante, la Corte cedió ante la presión del Ejecutivo emitiendo un segundo dictamen sosteniendo que el compromiso de Missouri era inconstitucional en la medida en que pisoteaba los derechos de propiedad de los esclavistas que eran ciudadanos de estados en los que la esclavitud estaba legalmente protegida.⁸²

Para la Corte, los derechos de un ciudadano de los Estados Unidos eran los mismos en un territorio que en un estado:

Nadie, creemos, discutirá que el Congreso puede promulgar cualquier ley en un territorio que respete el establecimiento de la religión, o su libre ejercicio, o que limite la libertad de expresión o de prensa... así los derechos de propiedad están unidos a los derechos a la persona y puestos en pie de igualdad con ellos por la Quinta Enmienda... y si la Constitución reconoce el derecho de propiedad del amo sobre esclavo, y no establece distinción entre esa descripción de propiedad y otros bienes propiedad de un ciudadano... ningún tribunal que actúe con la autoridad de los Estados Unidos... tiene derecho a... negarle el beneficio de los supuestos y garantías que han sido proporcionados para la protección de la propiedad privada contra las intromisiones del gobierno.⁸³

5. Interpretación de la cláusula de igualdad

En 1863, a través de la enmienda XIII, se proclamó la libertad de todos los esclavos: uno de los principales conflictos de la guerra civil (1861-1865) quedaba resuelto. La historia había dejado claro que no po-

⁸² El tema que preocupaba al magistrado presidente, Roger Taney, no era la esclavitud, sino el derecho de los estados a autogobernarse. Sandburg, Carl, "Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda", *cit.*, p. 43 y 44. Véase también Grier, D., "Dred Scott vs. John F. A. Sandford", *Dickinson Law Review*, vol. 26, pp. 1-16.

⁸³ *Dred Scott vs. Sandford*, 19 How, 450.451 (1857). Citado por Sandburg, Carl, "Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda", *cit.*, pp. 43 y 44.

día confiarse la protección de los derechos fundamentales a los estados.⁸⁴ Por esto, la enmienda XIV (julio 9 de 1868) fue adoptada para asegurar que los estados no privarían a los individuos de los derechos inalienables,⁸⁵ ya que en la época de la posguerra los derechos civiles eran entendidos como derechos preexistentes a la propia norma. Según Tribe, la función de la enmienda XIV, específicamente la cláusula de igual protección de las leyes, fue concebida como una garantía para las minorías raciales de igual acceso a esos derechos.⁸⁶

El texto de la enmienda reza:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.⁸⁷

⁸⁴ Sobre esta etapa de la historia véase Currie, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985. En español véase Hughes, Evans, Charles, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit. Para el contexto histórico véase Degler, Carl N., *Historia de los Estados Unidos. La formación de una potencia (1600-1860)*, Barcelona, Ariel, 1986, vol. 1.

⁸⁵ Chemerinsky, Erwin, "Rethinking State Action Constitutional Rights", *Northwestern University Law Review*, vol. 80, 1985-1986, p. 515.

⁸⁶ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, cit., vol. II, p. 1148. Aunque la enmienda hace alusión a la igual protección de la ley, la Corte Suprema la ha interpretado como prohibición a la discriminación racial. Véase Fiss, Owen M. *Encyclopedia of the American Constitution*, cit., p. 1500. Según Nina Morais, una de las razones para la promulgación de la enmienda XIV fue la presión de las sufragistas para consagrar el derecho al voto. Aunque la enmienda no estipula ese derecho, parece que los legisladores sí estuvieron de acuerdo en que el tema de la discriminación en contra de las mujeres estaba incluida en la enmienda XIV. S. Morais, Nina, "Sex Discrimination and the Fourteenth Amendment: Lost History", *Yale Law Journal*, vol. 97, 1987-1988, p. 1154. De hecho, las interpretaciones de la Corte Suprema, en la década de los setenta del siglo XIX, analiza casos de discriminación contrastándolo con lo estipulado en la cláusula de igualdad de la enmienda XIV. *Ibidem*, p. 1167.

⁸⁷ La traducción de este párrafo de la enmienda XIV, como del resto de la Constitución norteamericana, se puede encontrar en línea: usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/constes.htm, se accedió a la página el 19 de febrero del 2005. Existe una ingente de bibliografía en inglés sobre la cláusula de igualdad. Por la importancia de los autores y de sus obras resultan imprescindibles los tratados de Rotunda y de Tribe: Rotunda, Ronald y Nowak, John E., *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, Minnesota, St Paul, West Group, 1999, y Tribe, Laurence, *Ameri-*

En la época de la posguerra, los derechos civiles eran entendidos como derechos preexistentes a la propia norma, por lo que, aunque la apelación de la igualdad es tan antigua como la declaración de Independencia (1776), no fue hasta la introducción de la Enmienda XIV cuando empezó a operar como límite jurídico frente al legislador.⁸⁸

La interpretación de la enmienda, sin embargo, no ha sido siempre la misma, pues ha ido evolucionando a través de la historia. Su contenido original se entendía exclusivamente como complemento a la cláusula de debido proceso, señalando que los estados debían garantizar a todos el respeto de los derechos contenidos en la Constitución.⁸⁹ Mediante esta enmienda, el Congreso Federal impone a los estados el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley. Así, Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek señalan: “nosotros sabemos que la cláusula de igual protección fue diseñada para imponer a los Estados una obligación positiva de suministrar a todas las personas el goce de sus naturales e inalienables derechos —especialmente el de la vida, libertad y propiedad— y ejercerlos todos por igual”.⁹⁰

Como ya señalamos, la XIV enmienda contiene la prohibición a los estados de negar la igual protección de la ley a cualquier persona. No obstante, el gobierno federal no estaba obligado por dicha enmienda; así lo señalaba la sentencia *John Barrow vs. The mayor and city Council of Baltimore*.⁹¹ No fue sino hasta la sentencia dictada en el caso *Bolling vs. Sharpe*,⁹²

can Constitutional Law, cit. Para la doctrina más importante de la Corte Suprema de los Estados Unidos véase Rotunda, Ronald D., *Modern Constitutional Law. Cases and Notes*, Estados Unidos de América, West Publishing, 1997; O'Brien, David, *Constitutional Law and Politics*, V. II Civil Rights and Civil Liberties, Nueva York, W.W. Norton and Company, 2000. En español una buena introducción al derecho constitucional de los Estados Unidos de América es Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos, cit.*; véase también Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos, cit.*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 47. En Europa no es hasta 1874 cuando se introduce una cláusula similar en la Constitución federal suiza. Leibholz, Gerhard, “Equality as a Principle in German and Swiss Constitutional Law”, *Journal of Pubic Law*, 1954, vol. 3, pp. 156.

⁸⁹ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 341.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *John Barrow vs. The mayor and city Council of Baltimore* 32 U. S. 243 (1833). El juez Marshal señaló que la Corte Suprema no tenía jurisdicción en este asunto, ya que la enmienda V no es aplicable a los estados.

⁹² *Bolling vs. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954). A través de esta sentencia se abolió la segregación racial en el distrito de Columbia, el mismo día en que *Brown vs. Board of*

cuando la Corte Suprema equiparó el mandato de igual protección de la enmienda XIV, que obligaba a los estados, con el texto de la enmienda V, a la que debía ceñirse el gobierno federal.⁹³

Hoy, toda clasificación basada en la raza es sospechosa de atentar contra el principio de igualdad. Los tribunales tienen la libertad de determinar si una persona ha sido objeto de discriminación. Para esto, la Corte Suprema ha señalado algunos criterios de clasificación especialmente odiosos, por haber sido históricamente utilizados para discriminar, como la raza o el género. Estos criterios están prohibidos, por regla general, por la doctrina de la Corte. Sin embargo, las clasificaciones basadas en algunos de estos criterios estarían permitidas si son necesarias para promover, en el caso de la raza, un “apremiante interés” del Estado y, en el caso del género, un “interés importante”. Como veremos más adelante, para llegar a esta conclusión se necesita que el juzgador encuentre que el uso de la clasificación tiene incluso más peso que el propósito de la enmienda XIV.⁹⁴

El arribo a esta presente interpretación no fue fácil. En una primera aproximación debemos señalar que en las sentencias inmediatamente posteriores a la guerra de secesión las asambleas legislativas sureñas habían promulgado “códigos negros” (*black codes*), leyes especiales tan crudas que constituían intentos apenas velados de restituir la esclavitud. Por ejemplo, Carolina del Sur prohibía a los negros la práctica de “arte, oficio o negocio de artesano, mecánico o tendero, o cualquier otro oficio, empleo o negocio”.⁹⁵ Otras normas proscribían matrimonios interraciales y suministraban penas más estrictas por adulterio o fornicación cuando las parejas eran de diferentes razas; esas leyes habían llegado a ser muy numerosas en Estados Unidos. En el caso *Pace vs. Alabama*,⁹⁶ de 1882, se conoce sobre la constitucionalidad de una ley que suministra penas

Education lo hacía en los Estados: “En vista de nuestra decisión de que la Constitución prohíbe a los Estados mantener escuelas públicas racialmente segregadas, sería impensable que la misma Constitución impusiera un deber menor al gobierno federal”.

⁹³ Fiss, Owen, M. “Racial Discrimination”, en Levy, Leonard, *Encyclopaedia of the American Constitution*, 1986, p. 1501.

⁹⁴ Rotunda, Ronald D., *Modern Constitutional Law...*, cit., p. 314.

⁹⁵ Sandburg, Carl, “Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda”, cit., p. 46, 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. 75-79.

⁹⁶ 106 U. S. (1882).

más severas por estos delitos si la pareja que los comete se conforma de una persona negra y otra blanca que si la pareja es de la misma raza. Así, si ambos eran de la misma raza la pena era una multa de no menos de \$100 y una pena de prisión de no menos de 6 meses. En cambio, la pena por estos delitos en parejas interraciales no podía ser menor de 2 años de prisión. La ley fue considerada constitucional por unanimidad de votos, ya que, según el punto de vista de los magistrados, la norma era aplicada por igual a las dos razas, pues el legislador estatal no realiza la clasificación tomando como criterio la raza, sino el crimen: cometer adulterio o fornicación con una persona de diferente raza.

La inserción de la enmienda XIV, el 28 de julio de 1868, al texto constitucional de los Estados Unidos, se ha interpretado como la primera ocasión en que se estableció el principio de igualdad en la ley, o lo que es lo mismo, en su contenido.⁹⁷ No obstante, una de las primeras interpretaciones de la Corte Suprema después de la aprobación de la enmienda fue la sentencia *Slaughterhouse* de 1873,⁹⁸ donde se limitaba a abolir los privilegios legales a determinados ciudadanos.⁹⁹

El primer antecedente jurisprudencial de prohibición de discriminación en la ley se lo debemos a la sentencia *Yick Wo vs. Hopking*¹⁰⁰ de 1886. La sentencia conoce sobre un decreto que prohibía la operación de lavanderías en edificios de madera sin el consentimiento de supervisores del estado. Al demandante, como a todas las personas de ascendencia china, le fueron denegados los permisos para operar en dichos edificios, mientras que no sucedía lo mismo con personas de “raza blanca”. Esto fue considerado como discriminatorio y, por lo tanto, contrario a la cláusula de igual protección de la ley.

⁹⁷ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 45. Véase también Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 27.

⁹⁸ 83, U. S. 36, 1873.

⁹⁹ Un conjunto de blancos sostuvo que el establecimiento de un monopolio de carniceros por parte del gobierno de la Reconstrucción de Louisiana violaba las disposiciones de la enmienda XIVS. Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court. The Protection of Economic Interest, 1889-1910”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, pp. 342-351.

¹⁰⁰ 118 U. S. (1886).

6. *El principio de separados, pero iguales*

Aunque lejos en el tiempo encontramos aquella época en que la esclavitud era una institución en los Estados Unidos de América, más cerca de nosotros descubrimos aquel periodo en el que estuvo en vigor el principio de separados, pero iguales, introducido en la sentencia *Plessy vs. Ferguson*,¹⁰¹ que constitucionalizó la segregación racial: la Corte Suprema basa sus posteriores resoluciones en la sentencia *Plessy*.

En realidad, el concepto de separados, pero iguales aparece en una sentencia previa a la guerra civil, en una decisión de la Corte de Massachusetts: *Robert vs. City of Boston*.¹⁰² Sin embargo, no es hasta la sentencia de *Plessy vs. Ferguson*,¹⁰³ cuando la doctrina de “separados, pero iguales” toma fuerza constitucional al considerar que la segregación racial no es contraria a la Constitución.¹⁰⁴

Bajo el principio de separados, pero iguales, las minorías raciales eran mantenidas separadas de la mayoría blanca. El asunto *Plessy vs. Ferguson* se originó por el arresto de Homer Plessy, un hombre negro¹⁰⁵ que se negó a abordar el vagón para negros (*colored coach*). La segregación se fundamentaba en una ley del estado de Luisiana que obligaba la separación racial de los vagones del ferrocarril interestatal.¹⁰⁶ La demanda se fundamentaba en

¹⁰¹ 163 U. S. 537 (1896).

¹⁰² 59 Mass (5 Cush.) 198 (1950).

¹⁰³ 163 U. S. 537 (1896).

¹⁰⁴ Bernstein, Barton J., “Case Law in *Plessy vs. Ferguson*”, *The Journal of Negro History*, vol. 47, núm. 3, pp. 192-198. Véase también Wisdom, John M., “*Plessy vs. Ferguson* 100 Years Later”, *Wash. & Lee Law Review*, vol. 53, pp. 9-20. En el sur los niños negros iban a escuelas segregadas de inferior calidad. Además, a los jóvenes negros se les negaba el ingreso a las universidades estatales. Los negros, cuando viajaban, tenían que usar salas de espera y secciones segregadas en los autobuses. No se les permitía sentarse junto a los blancos en los teatros, cines, restaurantes o ante el mostrador e incluso en muchas iglesias. El voto de los negros estaba sujeto a fraudes. En el norte del país, los negros de las ciudades se enfrentaban a varios tipos de discriminación. Por ejemplo, estaban obligados a vivir en guetos negros de los suburbios. Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, traducción de Odon Durán D’Oion, Faustino Ballvé y Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 824, 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. 110.

¹⁰⁵ Citado por Cobb, James, “Segregation the New South: The Origins and Legacy of *Plessy vs. Ferguson*”, *Georgia State University Law Review*, vol. 12, 1995-1996, p. 1017.

¹⁰⁶ La animadversión hacia los negros motivó la creación de normas segregacionistas. Según Foster, la presencia de un grupo de negros prósperos que viajaban en tren a las playas del Golfo de México ofendió a un grupo de blancos que presionó a la compañía

una supuesta violación de las enmiendas XIII y XIV. La Corte optó por examinar los precedentes que facultaban a las asambleas locales para legislar en esta materia.¹⁰⁷ La segregación racial estaba amparada, según la Corte Suprema, por la potestad del estado de velar por la seguridad. Este es el razonamiento que se venía dando en casos similares. En el estado de Tennessee, por ejemplo, un tribunal federal señala que estaba justificado segregar a los pasajeros para evitar protestas y fricciones: “to avoid complaint and friction”.¹⁰⁸ La Corte declara:

Es claro que el objetivo de la enmienda [XIII] fue, sin ninguna duda, establecer la igualdad social —diferenciadas de la igualdad política— o la mezcla de razas en términos que no dejarían satisfechas ni a una ni a otro. Las leyes que consientan, o incluso que obliguen a la separación entre las razas, en lugares en los que puedan estar en contacto, no implican necesariamente la inferioridad de una respecto de otra. Además, está general y universalmente admitido que tales leyes se encuentran dentro de la competencia del Poder Legislativo de los Estados, en el ejercicio de su poder de policía.¹⁰⁹

La Corte rechaza el argumento de que la segregación etiquetaba a la raza negra como inferior.¹¹⁰ El razonamiento siempre fue que la segregación no implicaba desigualdad: “iguales”, pero “separados” era la premisa. Los servicios, en teoría, eran prestados a las dos razas por igual. No obstante, *de facto* nunca fue así: por ejemplo, el precio que pagaban los blancos en un vagón de lujo era el mismo para los negros que quisieran viajar en los vagones de segunda.

de ferrocarril para promover leyes que prohibieran que negros y blancos viajaran juntos. Foster, Mark S., “In the Face of «Jim Crow»: Prosperous Blacks and Vacations, Travel and Outdoor Leisure”, *Journal of Negro History*, vol. 84, núm. 2, 1999, p. 130.

¹⁰⁷ En la época en que se legaliza la segregación racial se le conoce como era Jim Crow, por una popular pieza del teatro de revista de aquellos años. La obra popularizó la letra de la canción *El salto de Jim Crow*. Este tipo de obras formaba parte del folklore de la época, que estereotipaba a la raza negra como inferior. También es conocida con este nombre la segregación racial en el ferrocarril. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, p. 107, nota 14.

¹⁰⁸ Cobb, James, “Segregation the New South: The Origins and Legacy of Plessy vs. Ferguson”, *cit.*, p. 1017.

¹⁰⁹ 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*, *cit.*, p. 158.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 551.

En la sentencia *Plessy* sólo la voz disidente del juez Harland se alzó con la frase: “Nuestra Constitución es ciega al color (o *color blind*: daltónica) y nadie distingue ni tolera clases entre ciudadanos. Con respecto a los derechos civiles, todos los ciudadanos son iguales ante la ley”.¹¹¹ Joseph Tussman y Jacobus Tenbruek escriben, en 1949, acerca de las leyes que aplicaban la segregación racial, señalando que “evaden la condena de la discriminación hecha por la cláusula de igual protección de la ley, amparándose tercamente en la doctrina de separados, pero iguales”.¹¹²

En la época de la doctrina de separados, pero iguales, se conocen asuntos relacionados con la educación, como *Berea College vs. Kentucky*,¹¹³ donde la Corte Suprema ratificó la decisión de mantener una multa impuesta en el estado de Kentucky a un colegio privado por permitir que niños blancos y negros estudiaran juntos. La segregación legalizada pronto se extendió a otros ámbitos, como el del transporte municipal, fábricas, hospitales estatales, instituciones penales, parques públicos¹¹⁴ o la vivienda.¹¹⁵

7. La judicial review y la defensa de la cláusula de igualdad

En este apartado defenderemos la legitimidad del hecho de que el juez constitucional sea el último intérprete del principio de igualdad. De ahí

¹¹¹ 163 U. S. 537, 559 (1896). El voto disidente del magistrado Harland señala: “Our Constitution is colour-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law”. La metáfora, creada por Albion W. Tourgee, abogado de la parte demandante, señala: “La justicia es descrita como ciega, y su hija, la ley, deberá por lo menos ser ciega al color”. Citado por Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1976, p. 96, nota 17. El magistrado Harland, sin embargo, había sido dueño de esclavos en Kentucky: Yarbrough, Tinsley, “Protección de los derechos de las minorías”, *Documentos de la Democracia*, núm. 11. En línea: <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo11.htm>, se accedió a la página el 3 de marzo de 2005.

¹¹² Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 355.

¹¹³ 211 U. S. (1908). “Los blancos se consideran la raza dominante en este país. Ello es cierto, en términos de prestigio y de éxito social, de educación, de riqueza y de poder... Pero a ojos de la Constitución y a los de la ley en este país no hay una raza superior a las otras, ni que las domine o las dirija. No tenemos un sistema de castas o diferencias entre los ciudadanos. En materia de derechos civiles todos los ciudadanos somos iguales ante la ley”. 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*, *cit.*, 162.

¹¹⁴ Véase Rice, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, *The Journal of Southern History*, vol. 34, núm. 2, 1968, p. 180.

¹¹⁵ *Hopkins vs. City of Richmond*, 117, Va. 692, 86 S. E. 139 (1915).

que sea importante aclarar que la facultad de la Corte Suprema de los Estados Unidos de revisar la constitucionalidad de las normas no deriva directamente del texto constitucional. Así, el uso de esta facultad ha sido siempre polémico, y cuanto más se ha alejado la Corte de las opiniones dominantes de la opinión pública, más se ha discutido acerca de la legitimidad de sus resoluciones.¹¹⁶

La pregunta que se hacen la mayoría de constitucionalistas en los Estados Unidos es si la Corte Suprema de los Estados Unidos debe tomar en cuenta a la opinión pública a la hora de fallar, y si las respuestas justas las encontramos en el consenso.¹¹⁷ La ley que se ha de enjuiciar proviene de un parlamento elegido periódicamente por el sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, es designado por el Ejecutivo. De esta forma, dentro de la Corte no se reflejan obligatoriamente las opiniones de la sociedad, por lo que las decisiones de aquellos asuntos muy controvertidos pueden no coincidir con la opinión pública: “El tribunal no es un microcosmos de la sociedad, pues los jueces que lo componen se reclutan de entre un grupo de personas socialmente reducido...”.¹¹⁸ Pero ¿en realidad necesitamos que la Corte resuelva de acuerdo con el sentir popular? Para nosotros esto sería un error.

Veamos el tipo de decisiones que pueden resultar de pulsar las opiniones de la gente en temas como las *affirmative actions*: el 3 de noviembre de 1992 el 53% de los electores del estado de Colorado, Estados Unidos, votaron a favor de una enmienda a la Constitución local.¹¹⁹ La enmienda prohibía a cualquier rama del gobierno la adopción de políticas para proteger los derechos de los homosexuales o bisexuales. Se eliminaban, también los programas de *affirmative actions* vigentes en Aspen, Boulder y Denver. La iniciativa había sido sometida al electorado y aprobada

¹¹⁶ Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 5, núm. 44, 1995, p. 264.

¹¹⁷ Véase Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change”, *Fordham Law Review*, vol 64, 1995-1996, p. 535-586.

¹¹⁸ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 193.

¹¹⁹ La propuesta de enmienda de la Constitución de Colorado decía textualmente: “No protected status based on homosexual, lesbian or bisexual orientation. Neither the State of Colorado... nor any of its agencies, political subdivisions, municipalities or school districts, shall enact, adopt or enforce any statute, regulation, ordinance or policy whereby homosexual, lesbian or bisexual orientation, conduct, practices or relationships shall constitute or otherwise be the basis of, or entitle any person to have or claim any minority status, quota preferences, protected status or claim of discrimination...”.

en las elecciones generales del estado. Era, en suma, decisión de la mayoría.¹²⁰

La decisión no era tomada por una asamblea que representaba a los gobernados; era tomada por el pueblo mismo del aquí y ahora: “We the people”; en contra de una minoría diferenciada y aislada. La pregunta obligada sería: ¿puede un proceso libre y democrático ir en contra de los intereses de una minoría? La mayoría de las personas en Estados Unidos —señala Dworkin—

...están de acuerdo en que en algunas ocasiones la voluntad mayoritaria no debería ser siempre el juez final respecto de cuando su propio poder debe ser limitado para proteger derechos individuales, y aceptan que, al menos algunas de las decisiones de la Corte Suprema que revirtieron la legislación popular, como lo hizo la decisión *Brown*, son correctas.¹²¹

¹²⁰ Sobre la enmienda a la sentencia de Colorado véase Burke, Craig Cassin, “Fencing out Political Unpopular Groups from the Normal Political Process: The Equal Protection Concerns of a Colorado Amendment Two”, *Indiana Law Journal*, vol. 69, 1993-1994, pp. 275-298; Graverholz, Stephanie L., “Colorado’s Amendment 2 Defeated: The Emergence of a Fundamental Right to Participate in the Political Process”, *DePaul Law Review*, vol. 44, 1994-1995, pp. 841-915; Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change”, *cit.*; Zmansky, Stephen, “Colorado’s Amendment 2 and Homosexual’s Right to Equal Protection of the Law”, *Boston College Law Review*, vol. 35, 1993-1994, pp. 221-258; Dailey, John Daniel y Farley, Paul, “Colorado’s Amendment 2: A Result in Search of Reason”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 1996-1997, pp. 215-278; Thedmans, David, “The Reincarnation of Jim Crow: A Thirteenth Amendment Analysis of Colorado’s Amendment 2”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 4, 1994, pp. 133-166.

¹²¹ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 116. “De hecho, nos resistimos a —señala Rosenkrantz, quien fuera alumno y colaborador de Santiago Nino— alguna conexión entre lo que se decide la mayoría y lo que es moralmente correcto”. Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, *cit.*, pp. 279 y 280. Una postura contraria es sostenida por Juan Carlos Bayón. Para él, “la idea de que no es legítimo usar el «derecho de autonomía pública» para decidir acerca de los derechos fundamentales, simplemente porque puede producir decisiones que los vulneren y su vulneración es injustificable, olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles no puede ser por sí sólo una razón suficiente para descartarlo cuando todos los demás también los son”. Bayón Mohino, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp.

Este caso ilustra bien el problema del constitucionalismo, que consiste en la tensión entre Constitución y democracia. El derecho a la autodeterminación (principio democrático) se enfrenta con otro derecho: el derecho a ser tratado con igual libertad (principio constitucional de la igualdad). Cuando el proceso pone en juego la libertad de la comunidad no debe bastar la decisión de la mayoría. Y es que cuando una parte de la población se queda marginada todos perdemos una parte de nuestra libertad.

Raymond Ku señala que las reformas constitucionales son válidas sólo si representan los deseos del pueblo en su totalidad, que se puede lograr —agrega— con una aprobación unánime, o mediante filtros que aproximen al conocimiento de esos deseos.¹²² Entre la idea de que las decisiones se deben adoptar por una mayoría y la clásica doctrina de que algunas cuestiones se deben excluir de las discusiones se advierte una “tensión”.¹²³ ¿Cómo entender ahora la relación entre ley y Constitución?, ¿cuál es el papel de las decisiones mayoritarias frente a la Constitución?, ¿los derechos fundamentales deben conservarse al margen de las discusiones; deben estar fuera de la agenda política? La respuesta hasta hace algunos años hubiera sido contestada con un rotundo sí: los derechos fundamentales como “triumfos”¹²⁴ de una minoría sobre la mayoría se encontraban “atrincherados”,¹²⁵ se es-

399-422. Para Bayón, las decisiones lesivas pueden ser tomadas por igual por la mayoría o por una minoría cualificada en el Legislativo, incluso por el órgano Judicial al interpretar la Constitución. Marian Ahumada retoma los argumentos de Bayón. Para Ahumada, “al adoptar un procedimiento de control de constitucionalidad... En realidad se trata de superponer un procedimiento no democrático al procedimiento democrático para resolver cuestiones que afectan a las «condiciones» de la democracia”. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 159. Lo que no toman en cuenta Juan Carlos Bayón y Marian Ahumada es el hecho de que la labor de los jueces es velar precisamente para que no se lesionen los derechos de los más débiles. Los jueces constitucionales son expertos en derecho y debieran ser escogidos entre aquellos que se distinguiesen por defender los derechos fundamentales de las minorías. De no ser así, las mayorías podrían tomar decisiones perjudiciales para la minoría: la mayoría puede estar motivada por cuestiones egoístas.

¹²² Ku, Raymond, “Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional change”, *cit.*, p. 541.

¹²³ Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001, p. 460.

¹²⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 37.

¹²⁵ En la doctrina anglosajona se ha utilizado el verbo *to entrench* —atrincherar— sobre todo durante la polémica acerca de la conveniencia de promulgar una carta de derechos en el Reino Unido, conocida como Charter 88, que, como sabemos, dio lugar a la *Human Rights Act* —o HRA— de 1998, que entró en vigor el primero de octubre del 2000. Véase Fritz, Christian G., “An Entrenched Bill of Rights for the United Kingdom: The Constitutional Dilemma”, *Anglo-American Law Review*, vol. 10, 1981, pp.

tablecía así un “coto vedado”.¹²⁶ Sin embargo, esto se pone en tela de juicio cada vez con más frecuencia.

El caso de la Constitución de Colorado fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *Romer vs. Evans*,¹²⁷ señalando que la ley del estado de Colorado que prohibía cualquier tipo de protección antidiscriminatoria a favor de los homosexuales violaba los derechos a la protección equitativa de dicho grupo.¹²⁸ La Corte Suprema señaló que la enmienda segunda de la Constitución del estado de Colorado era inconstitucional. Según la opinión del magistrado Kennedy la decisión sólo podía estar sustentada en un arcaico deseo de causar perjuicio a un grupo políticamente impopular. La enmienda parece difícil de explicar por otro motivo que no sea una animosidad hacia la clase afectada.¹²⁹

El argumento en contra de esta ley no era nuevo. Aquellos que desafiaron una ley del estado de Georgia que penalizaba la sodomía sostuvieron que el estado no tenía ningún derecho a promulgar una legislación criminal cuando la única razón para hacerlo es que la mayoría desaprobaba moralmente aquello que la ley penaliza.¹³⁰ No obstante el argumento

105-120. La traducción literal al castellano de “atrincherar” ha sido utilizada por algunos autores, como Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, 2001, p. 463.

¹²⁶ Garzón Valdés hace mucho que insiste en la idea de un “coto vedado” en que se resguardarían los derechos fundamentales “no negociables”, como condición necesaria de la democracia representativa. Véase por ejemplo las obras siguientes: *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía*, núm. 18, 2003, pp. 27-75; “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, núm. 12, 2000, p. 20. Esta terminología ha sido utilizada en España; véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 138; Bayón Mohino, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *cit.*; Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 477.

¹²⁷ *Romer vs. Evans*, 116 S. Ct. 1620 (1996). Sobre el castigo cruel e inhumano véase Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Colombia, Siglo de Hombre Editores, 1997.

¹²⁸ Flagg, Bárbara, “Animus and Moral Disapproval: A Comment on *Romer vs. Evans*”, *Minnesota Law Review*, vol. 82, 1997-1998, p. 833.

¹²⁹ Citado por Balkin, Jack M., “The Constitution of Status”, *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 2317.

¹³⁰ En este mismo sentido el voto particular del magistrado Stevens en la sentencia *Bowers vs. Hardwick*. El magistrado señala que “De nuestra doctrina anterior se desprenden sin ningún género de dudas dos ideas. La primera es que la opinión pública de un Estado considere mayoritariamente inmoral un determinado comportamiento no es razón

contrario venció en la Corte Suprema. El magistrado Byron White, como ponente, señaló, en *Bowers vs. Hardwick*,¹³¹ que “los derechos que protege la cláusula del debido proceso sólo son aquellos que están profundamente enraizados en la historia y tradición de la nación”. Si contamos con el antecedente de que hasta 1961 los cincuenta estados norteamericanos habían prohibido dicha conducta sexual, se puede concluir que no hay nada de lo que podamos inferir que el derecho a una libertad sexual de los homosexuales deba ser protegido.

La mayoría de los magistrados de la Corte Suprema parecen haberse puesto de acuerdo con respecto al valor de los designios de la mayoría en la sentencia de *Roper vs. Christopher Simmons*,¹³² donde se conoce sobre la constitucionalidad de la pena de muerte para menores de edad. Anthony Kennedy, relator de la sentencia, estableció que la sociedad estadounidense ve a los jóvenes como “menos culpables que la media criminal”.¹³³

Por lo menos respecto a este tipo de asuntos la Corte parece atender al “consenso”. Según esta posición, los “valores ampliamente compartidos” de la sociedad deberían dar contenido a las disposiciones abiertas de la Constitución. La tarea de la Corte es determinar el peso del principio moral en la sociedad y vincularlo con el derecho constitucional.¹³⁴

por sí misma válida para sustentar la constitucionalidad de la ley que lo prohíbe... La segunda es que las decisiones de los cónyuges sobre sus relaciones íntimas, incluso si no están encaminadas a la procreación, son una forma de libertad protegida por la cláusula de proceso debido de la enmienda XIV”. Sobre esta sentencia véase 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*, cit., pp. 485-499.

¹³¹ 478 U. S. 186 (1986).

¹³² *Roper vs. Christopher Simmons* 543, U. S. (2005). Starling, Marshall, “Predictive Justice: Simmons vs. Roper and the Possible End of the Juvenile Death Penalty”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2889-2931; Wellington, Harry H., “Common Law Rules and Constitutional Double Standard: Some Notes on Adjudication”, *Yale Law Journal*, vol. 83, p. 284.

¹³³ Los que se oponen a la pena de muerte, como Amnistía Internacional, calificaron la decisión como una gran victoria, que se sumaría a la que ya obtuvieran en 2002, cuando se prohibió este castigo “cruel” a los criminales que tuvieran algún tipo de retraso mental, de acuerdo con la enmienda octava de la Constitución. Véase Pozzi, Sandro, “El Supremo de EE. UU. prohíbe la pena capital para los menores de 18”, *El País*, 2 de marzo de 2005.

¹³⁴ Roberts, Julian V., “Public Opinion, Crime, and Justice”, *Crime and Justice*, vol. 16, 1992, pp. 99-180.

En las sentencias *Roper vs. Christopher Simmons*¹³⁵ y *Bowers vs. Hardwick*¹³⁶ se analiza la opinión de la mayoría; sin embargo, las opiniones de una mayoría basadas en un criterio egoísta no pueden ser consideradas legítimas; tampoco los veredictos del pueblo asentados en prejuicios o animadversiones, como lo señalara el magistrado Kennedy, pueden ser considerados válidos.¹³⁷ Parece lógico suponer que la opinión de la mayoría debe tomarse en cuenta a la hora de decidir asuntos tan polémicos que personas razonables no parezcan ponerse de acuerdo; asuntos en los que más de una solución parezca sensata. Sin embargo, en todos los casos donde se discute sobre derechos de minorías “diferenciadas y aisladas” el criterio no puede ser atender la opinión de la mayoría; las minorías no cuentan con el mismo poder político, por lo que debería atenderse con especial deferencia la opinión de aquellos que se encuentran en una situación de desventaja.

II. LA DEFENSA DE LA IGUALDAD DESDE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Una defensa del constitucionalismo tendría que partir de la defensa de los derechos fundamentales.¹³⁸ La legitimidad de esa defensa —encarga-

¹³⁵ *Roper vs. Christopher Simmons* 543, U. S. (2005). Starling, Marshall, “Predictive Justice: Simmons vs. Roper and the Possible End of the Juvenile Death Penalty”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2889-2931; Wellington, Harry H., “Common Law Rules and Constitutional Double Standard: Some Notes on Adjudication”, *Yale Law Journal*, vol. 83, p. 284.

¹³⁶ 478 U. S. 186 (1986).

¹³⁷ Es útil diferenciar también lo que es propio de la moral privada y distinguirlo de la pública. Para Gargarella, aquellos temas vinculados sólo con una moral privada “es el propio sujeto y no los legisladores, los jueces o alguna mayoría ocasional, quien debe decidir lo que prefiere hacer”. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 214. La lógica sería que aquellos actos privados que no producen daños sobre terceros deben dejarse a la libre voluntad de las personas. Si afectan a un tercero, nos encontraríamos ante un acto que atañe a la moral pública: “la justicia debe mostrar deferencia respecto de los actos del legislador en cuestiones de moral pública, pero debe estar muy atenta y vigilante frente a decisiones políticas que puedan afectar la vida privada de los individuos, y, en particular, su posición por ciertos planes de vida”. *Ibidem*, p. 218.

¹³⁸ No sugerimos que el constitucionalismo se refiera sólo a la defensa de los derechos fundamentales, pero sí es una parte medular. La Constitución norteamericana, según Nedeslsky, es un esfuerzo por equilibrar los derechos personales, los derechos de propiedad y los derechos políticos. La característica más importante del constitucionalismo es “la continua tensión entre derechos políticos y derechos civiles, entre democracia y derechos individuales como límites al gobierno...”. El término “constitucionalismo” denota la forma como se limita la acción democrática en los Estados Unidos. Los límites al proceso democrático

da a los tribunales constitucionales en el caso de la Europa continental y a una Corte Suprema en el caso norteamericano— está hoy en tela de juicio. En Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Suprema con frecuencia decide casos donde algún derecho fundamental está en peligro. Ha decidido también sobre la existencia de algunos derechos que no están expresamente establecidos en la Constitución. Las críticas a esta labor de la Corte se dan en torno a dos cuestiones: en primer lugar se duda de la legitimidad misma de la *judicial review*. Algunos de los argumentos en contra de ésta serían: viola la división de poderes,¹³⁹ su creación obedece a criterios elitistas,¹⁴⁰ no es legítimo que un cuerpo colegiado¹⁴¹ decida sobre cuestiones que ya fueron decididas por la mayoría legislativa (dificultad contramayoritaria).¹⁴² Por último, algunos consideran que las decisiones dentro de ese grupo reducido de personas no tiene un sustento epistémico: las respuestas correctas se alcanzan en la deliberación pública.

Lo que se pone en duda no es sólo la institución de la *judicial review*, sino la conveniencia de que las decisiones acerca de los derechos funda-

están dados por valores: “valores limitantes” que no se derivan de los valores democráticos ni son reducibles a ellos. El constitucionalismo sería entonces el equilibrio y la tensión entre democracia y los valores limitantes en el sistema constitucional estadounidense. Nedeslsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, *cit.*, p. 268 y nota 7. Esta concepción de constitucionalismo es la misma que sostiene Elster: “El vocablo constitucionalismo alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos”. Elster agrega que no todas las regulaciones son elaboradas pensando en estos límites: “muchas son proyectadas como formas sin las cuales no podrían existir un gobierno mayoritario”. Por lo que las Constituciones cumplen dos funciones: “proteger los derechos individuales y constituir un obstáculo a ciertos cambios políticos que tendrían lugar si fuera del interés de la mayoría”. Es decir, otorgan seguridad vía continuidad de las reglas que hacen posible el juego democrático. Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, pp. 34 y 35.

¹³⁹ La idea de la división de poderes entendida como un principio absoluto, nos atrevemos a decir, ya no es defendida por nadie, sin embargo, el conflicto entre los poderes sí que sigue siendo un argumento cuando hablamos de la *judicial review*. Esa es la posición de Kelsen y de Habermas.

¹⁴⁰ La propuesta de Dworkin es que el juez hercúleo llegaría a la respuesta correcta apelando a los principios de justicia; esta idea ha sido considerada elitista por sus retractores. Dworkin imaginan a un juez dotado de “habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”, a quien llama Hércules. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 177.

¹⁴¹ Las decisiones en la Corte Suprema de los Estados Unidos en su función de intérprete máximo de la Constitución son tomadas en sesión plenaria. Basta con mayoría simple para darle un sentido a las resoluciones. La ley que rige las funciones de la Corte establece que los asuntos tendrán un magistrado; él preparará la propuesta de sentencia que será votada más tarde.

¹⁴² Esta es la propuesta de Alexander Bickel en *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

mentales no estén en manos del pueblo aquí y ahora. Por tanto, en las siguientes páginas el objetivo será doble. En primer lugar, defender la *judicial review* argumentando que ésta es la vía más idónea para la defensa de la Constitución, sobre todo de los derechos fundamentales. El otro objetivo es defender que algunos derechos protegidos por la Constitución sólo pueden ser modificados con la finalidad de extenderlos. Aquí pensamos exclusivamente en el principio de igual protección de la ley.

1. *¿Justicia o moral pública?*

El principio de igualdad se ha construido a través de siglos.¹⁴³ Sin embargo, nos encontramos ante un tema tan polémico que se antoja difícil que se vislumbre una respuesta única y correcta. De ahí que una cuestión elemental para nuestro estudio sería determinar cómo deben construirse las decisiones acerca de la igualdad, y más concretamente, acerca de las *affirmative actions*. Podemos preguntarnos entonces: ¿en las decisiones que se refieren a las *affirmative actions* debe tomarse en cuenta a la opinión pública?¹⁴⁴ Gail Heriot tiene una respuesta afirmativa para esta pregunta.¹⁴⁵ Según él, cuando la sociedad en general se negaba clamorosamente a las leyes discriminatorias, la Corte, al no escuchar la voluntad del pueblo, actuaba contra la mayoritaria —o *counter-majoritarian*—. ¹⁴⁶

El error de Gail Heriot es no distinguir la diferencia entre las normas que buscaban la segregación de la raza negra y las que buscan la integración de los negros en la sociedad, o que simplemente buscan la igualdad entre las razas. Hay una diferencia de moralidad entre ambas decisiones. Si partimos de la premisa de que el juez constitucional se encuentra legitimado para anular normas que vayan en contra de la igualdad, y que al hacerlo inter-

¹⁴³ Para Laporta, en España reflexionar sobre el núcleo esencial de la Constitución, los *Constitutional Essentials* de Rawls, ha sido labor de filósofos más que de constitucionalistas, que tendrían “un punto de vista interno”. Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 460.

¹⁴⁴ Friedman, Lawrence, “Public Opinion and Strict Scrutiny Equal Protection Review: Higher Education Affirmative Action and the Future of the Equal Protection Framework”, *Boston College Law Scholl*, vol. XXIV, núm. 2, 2004, pp. 267-282.

¹⁴⁵ Heriot, Gail L., “Strict Scrutiny Opinion and Affirmative Action on Campus: Should the Court Find a Narrowly Tailored Solution to a Compelling Need in a Policy most Americans Oppose?”, *Harvard Journal on Legislation*, vol. 40, 2003, pp. 217-233.

¹⁴⁶ El autor usa el término *Countermajoritarian* introducido por Bickel. Véase Bickel, Alexander, *The least Dangerous Branch*, *cit.* Heriot se fundamenta en Bickel, cuya opinión discordante acerca de las preferencias raciales en las admisiones a las universidades es la más “elocuente”. Véase Bickel, Alexander, *The Morality of Consent*, New Haven, Yale University Press, 1975, pp. 131-133.

preta el texto constitucional, también legitimaremos que el juez encuentre una nueva interpretación posible al principio de igualdad, pero sólo en beneficio de los derechos fundamentales: en beneficio de la propia igualdad.

La labor de la Corte como revisor de la constitucionalidad de la ley ha sido criticada por un supuesto déficit democrático. La Corte, al decidir en contra de la “voluntad popular”, se politiza, interviene en facultades que son propias de otro poder: el Legislativo. La Corte, al anular una ley, contraviene la voluntad popular: un cuerpo colegiado que decide sobre asuntos públicos es antidemocrático. Algunos defensores de la “democracia deliberativa”,¹⁴⁷ como Jeremy Waldron,¹⁴⁸ rechazan de plano la *judicial review*. Para él, los derechos de participación política son incompatibles con la creación de una institución encargada de la revisión y adaptación de los derechos fundamentales.¹⁴⁹ Una posición más radical, que se opone a la tradición constitucionalista, la encontramos en Martín Shapiro, que señala: “Cuando examinamos una ley aprobada democráticamente no deberíamos preguntar, como los abogados que se apegan al texto, ¿es constitucional? Antes bien, debiéramos preguntar, como ciudadanos democráticos, ¿queremos que sea constitucional?

¹⁴⁷ A la clasificación tradicional de democracia directa e indirecta parece que habría que agregar un tercer tipo: la “democracia deliberativa”. La frase fue forjada hace relativamente poco por Joseph Bessette en “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, en Goldwin, Robert y Schambra, A. William (eds.), *How Democratic is the Constitution?*, citado por Estlund, David M., “Who’s Afraid of Deliberative Democracy? On the Strategic/Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence”, *Texas Law Review*, vol. 71, 1992-1993, p. 1437, nota 1. Véase, también, Bessette, Joseph M., *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1994. La política es entendida en términos de una deliberación que incluya, ya sea a través de representantes o de consultas directas, a la ciudadanía y a todos los destinatarios de los acuerdos que se adoptan en ella (normas jurídicas y prácticas políticas). Lo que se busca es dar una nueva base de sustentación a la idea de encontrar una actitud cívica común. Para una definición de democracia deliberativa véase Sunstein, Cass R., *República.com: Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, Ibérica, 2003.

¹⁴⁸ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, p. 39; Waldron, Jeremy, *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Londres-Nueva York, Methuen, 1987, pp. 18-20. Jeremy Bentham, Edmund Burke y Karl Marx plantearon diversos desafíos teóricos que condujeron a negar el lugar básico de los derechos en la concepción de la justicia. Para Bentham, por ejemplo, los derechos eran, nada más que “nonsense upon stilts” —de ahí el título de la obra de Waldron—. Bentham, Jeremy, *Colección de obras del célebre Jeremías Bentham*, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1841; Burke, Edmund. Reflexiones sobre la Revolución francesa, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1954; Karl, Marx, *La cuestión judía*, Madrid, Santillana, 1997. Sobre Waldron véase Moreso, Joseph Joan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Working Papers*, núm. 139, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1998.

¹⁴⁹ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *cit.*, p. 1.

No debemos dejarnos esclavizar por ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visualizar nuestras circunstancias actuales”.¹⁵⁰

La idea del ciudadano “atado”,¹⁵¹ o “amordazado”,¹⁵² parece ofender a algunos demócratas radicales. De ahí que este trabajo no estaría completo

¹⁵⁰ Shapiro, Martin (comp.), *The Constitution of the United States and Documents*, Nueva York, Appleton-Century Crofts, 1968, pp. XXI y XXII.

¹⁵¹ La expresión “atar las manos” hace alusión a la ya clásica comparación que hace Jon Elster con el Ulises de Homero que previsor clama: “...Pero atadme con fuertes lazos, de pie y arimado a la parte inferior del mástil para que me esté allí sin moverme... Y en el caso de que os ruegue o mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía”. Elster señala: “Ulises no era por completo racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación —ser débil y saberlo— señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales”. Parece que fue Spinoza el primero que utilizó la analogía entre precompromiso individual y el político. Spinoza señala que el establecimiento de derechos tan firmes que ni el mismo rey los pueda abolir no contradice los fundamentos del Estado monárquico: “Los persas, por ejemplo, solían rendir culto a sus reyes como a dioses y, sin embargo, esos mismos reyes no tenían potestad de revocar los derechos una vez establecidos, como consta por Daniel, 6. Y nunca, que yo sepa, se elige un monarca sin estipular condición alguna. Aún más, eso no contradice ni a la razón ni a la obediencia absoluta que se debe al rey. Efectivamente, los fundamentos del Estado han de ser tenidos por decretos eternos del rey, hasta el punto que sus ministros le obedezcan plenamente aun cuando se nieguen a cumplir sus órdenes, en caso que les mande hacer algo que repugne a los fundadores del Estado. Podemos explicarlo claramente con el ejemplo de Ulises. Los compañeros de Ulises cumplían el mandato de éste, cuando se negaron a desatarlo, mientras estaba atado al mástil de la nave y arropado por el canto de las sirenas, pese a que él se lo mandaba en medio de múltiples amenazas. Y se atribuye a su prudencia que, después, haya dado las gracias a sus compañeros por haberse atendido a su primera intención. Siguiendo ese ejemplo de Ulises, también los reyes suelen amonestar a los jueces de que hagan justicia sin miramientos a nadie, ni siquiera al mismo rey, si en algún caso especial les ordenara algo que les consta ir en contra del derecho establecido. Los reyes, en efecto, no son dioses, sino hombres, que se dejan a menudo engañar por el canto de las sirenas. De ahí que, si todo dependiera de la inconstante voluntad de uno, no habría nada fijo. Por eso, para que el Estado monárquico sea estable, hay que establecer que todo se haga, sin duda, según el decreto del solo rey, es decir, que todo derecho sea la voluntad del rey explicada; pero no que toda voluntad del rey sea derecho”. Spinoza, *Tratado político*, traducción de Atilano Domínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 140 y 141, párrafo 1. Para Spinoza, el Estado “debe ser organizado de tal forma, que todos, tanto los que gobiernan como los que son gobernados, quieran o no quieran, hagan lo que exige el bienestar común; es decir que todos por propia iniciativa o por fuerza o por necesidad, vivan según el dictamen de la razón. Lo cual se consigue, si se ordena de tal suerte los asuntos del Estado, que nada de cuanto se refiere al bien común, se confíe totalmente a la buena fe de nadie”. *Ibidem*, p. 123, párrafo 3.

¹⁵² El concepto de “reglas de mordaza” (*gag rules*) puede ser definido como normas que establecen una autocensura estratégica para evitar divisiones irreconciliables. La ex-

sin antes esclarecer y justificar la labor de los jueces de estudiar la constitucionalidad de las leyes que parecen ir en contra de la Constitución. ¿Por qué debe tener la Corte Suprema de los Estados Unidos la última respecto a los derechos fundamentales, respecto a la igualdad? Es una de las preguntas que nos proponemos contestar en este capítulo.

2. La tradición del juez en el common law

Para seguir con la exposición de las ideas aquí planteadas, es menester realizar una breve reseña histórica del *judicial review*, que nos ayudará a entender cómo se ha justificado su uso a través de la historia de la Corte Suprema. Posteriormente se analizará la relación entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Congreso; para esto será necesario estudiar la doctrina del error claro establecida por James Bradley Thayer; doctrina que establece una especial deferencia para con el legislador.

El juez norteamericano, como heredero de la tradición del *common law*¹⁵³ inglés, es un juez creador de derecho.¹⁵⁴ Los grandes nombres del derecho son nombres de jueces: Coke, Mansfield, Marshall, Store, Colmes,¹⁵⁵ Brandies o Cardozo.¹⁵⁶ Esto es así porque la tradición legal del

presión es utilizada en Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o las políticas de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 49-88. El ensayo se puede encontrar también en Holmes Stephen, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995, pp. 202-235. Unas normas de este tipo fueron usadas en por el Congreso de los Estados Unidos para poner fin a las discusiones sobre las peticiones relativas a la esclavitud entre 1836 y 1840 y revocadas en 1844.

¹⁵³ El término *common law* puede referirse a la tradición jurídica angloamericana, como al derecho de creación judicial o *judge-made law*, el cual se distingue del *statute law*, elaborado por el legislador.

¹⁵⁴ “La idea inglesa de un sistema legal que evoluciona con el tiempo y que se adapta a las diferentes circunstancias sociales y políticas, es central en el pensamiento jurídico anglo-sajón”. Véase Laje, Alejandro, “Consideraciones sobre la enseñanza del derecho para la configuración de los estándares requeridos para los planes de estudio en universidades argentinas”, *La ley. Actualidad*, año LXVIII, núm. 208. En línea: www.vaneduc.edu.ar/uai/facultad/derecho/fac-dere-art-ley.asp. Se accedió a la página el 31 de octubre de 2005.

¹⁵⁵ Más adelante quedará claro la importancia de la figura del magistrado Oliver Wendell Holmes para el derecho en los Estados Unidos, basta ahora con señalar que Holmes comienza las críticas al formalismo jurídico que dominaba en su época con la publicación de *The Path of the Law*.

¹⁵⁶ Véase Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 72 y ss.

common law se creó originalmente y se ha seguido desarrollando en las manos de los juzgadores, que construyen un cuerpo de normas que obliga a que los jueces decidan los asuntos según los casos similares previamente fallados: doctrina del *stare desisis*, derecho común significa para aquella tradición, el derecho creado y modelado en los tribunales. La supremacía judicial parece ser una descripción correcta de aquel sistema.¹⁵⁷

Para esta tradición, el derecho es abierto, incompleto y dinámico; de ahí que la función del juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente; los jueces crean derecho nuevo. Los tribunales están legitimados para ajustar el contenido del derecho a la realidad social, porque no dependen, como el derecho continental europeo, de una cada vez más “refinada deducción a partir de grandes principios racionales e inmutables (la *scientia iuris*), sino de la inducción a partir de la experiencia empírica, ilustrada por los casos concretos (la *iuris prudentia*), mediante *challenge and answer, trial and error*”.¹⁵⁸

Debemos considerar que dos son las funciones principales de los tribunales: la primera, resolver disputas jurídicas, esto es, administrar justicia en casos concretos; la segunda, es proveer a la sociedad de reglas jurídicas; función que está relacionada con el principio de *stare decisis*,¹⁵⁹ que nos señala que las decisiones judiciales que resuelvan algunas cuestiones de derecho deben ser consideradas como parámetros normativos en las re-

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 72 y ss.

¹⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., p. 26.

¹⁵⁹ La doctrina del *stare decisis* se refiere a una norma jurídica creada judicialmente (a *judge-made law*). No todos los precedentes tienen el mismo valor. En la tradición jurídica del *common law* se distingue también el precedente vinculante (*binding precedents*) del precedente persuasivo (*persuasive precedents*). Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, 18 y ss. En realidad, la obligatoriedad de cada precedente depende no tanto de su propia naturaleza, sino de la posición que ocupa el órgano jurisdiccional en el organigrama. Si el precedente de un tribunal vincula a otros tribunales, estaremos ante un *stare decisis* vertical; si el tribunal está vinculado por sus propias reglas estaremos ante un *stare decisis* horizontal. Si la norma decisoria es la Constitución, la sentencia constituye un precedente constitucional; si el fundamento jurídico es una ley, estaremos ante un precedente legal o *statutory precedent*; por último, si se basó en una decisión del *common law*, su sentencia será *common law precedent*. Cfr. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 29 y ss. Sobre la interpretación de las normas véase Magaloni Kerpel, Ana Laura, “El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *Statute Law*”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997, pp. 131-148, y Rodríguez Puerto, Manuel José, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 94, 1999, pp. 137-176.

soluciones de los casos similares posteriores: se establecen así los precedentes judiciales. El precedente o *precedent*, que es parte del discurso jurídico inglés, se refiere a una norma jurídica creada judicialmente (*a judge-made law*), y se deriva de la doctrina del *stare decisis* de la tradición jurídica del *common law*.

3. La judicial review

La concepción de la Constitución, apunta García de Enterría, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano, con su visión puritana y laica, legado de Locke: *lex legum* y *lex inmutabile*. Se crea así un documento solemne del *fundamental law*. A la vez, aporta técnicas concretas para hacer efectiva esa superioridad: la técnica de la *judicial review*. El origen de esta institución proviene del *common law* inglés, desde la cual el derecho común podía exigir cuentas a los *statutes* o leyes singulares.¹⁶⁰

Esta técnica de predominio del *common law* sobre las leyes o *statutes* es lo que se conoce todavía hoy en el sistema inglés como *the control of the common law over statutes*. Ya a principios del siglo XVII el juez Coke (1552-1634) intentó plasmar en algunas de sus sentencias, como en la famosa *Bonham's case*, de 1610, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes, sino sobre la validez de las mismas. Implicaba, por consiguiente, la eventual anulación de las leyes por considerarse contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del derecho natural.¹⁶¹

¹⁶⁰ Recordemos que en un principio, el monarca era la fuente única del *common law*. Los cambios en las estructuras políticas llevaron a transferir el poder a variedad de instituciones administrativas. Con la separación entre la función legislativa y judicial del soberano, surge el problema de estatus de cada una de ellas. La historia del derecho inglés suele dividirse en cuatro periodos. El primer periodo es el anglosajón, anterior a la conquista normanda de 1066. El segundo, de 1066 a 1485 —fecha en la que comienza la dinastía Tudor—, es el periodo de formación del *common law*, cuando se comienza a desarrollar un nuevo sistema de derecho en contra de las costumbres locales. El tercero, de 1485 a 1832, es el periodo de expansión del *common law*. El cuarto periodo, que comienza en 1835, se extiende hasta nuestros días.

¹⁶¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981, pp. 36-41. Sobre la sentencia de Coke, *Bonham's case*, véase Berger, Raoul, “Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 117, 1969, pp. 521-545.

En nuestros libros (de derecho) está escrito que en muchos casos el *common law* domina las leyes del parlamento y en ocasiones las declara totalmente nulas; porque cuando una ley del parlamento va contra el bien común o es repugnante, o imposible de ejecutar, el *common law* se encargará de dominar dicha ley y la condenará a que se tenga por nula.¹⁶²

Considerando que el *common law* es interpretado por los tribunales, estamos ante una justificación de la reconsideración jurídica de las resoluciones legislativas.

Lo que defendía Coke es ese conjunto de leyes arraigadas en la comunidad política, de costumbres, pactos y acuerdos entre los distintos componentes del reino, que en su conjunto dan como resultado la ley fundamental: la Constitución. La función de los jueces para Coke sería garantizar que el parlamento no cambie su naturaleza, no traicione su misión.¹⁶³ Esta es la diferencia con la Europa continental, pues la soberanía no es un poder amplísimo para hacer lo que sea menester, es un poder cuidadosamente circunscrito por la ley y la Constitución: limitado por ambas.¹⁶⁴

La tesis de Coke desaparece en el derecho inglés sustituido por el dogma de la soberanía del parlamento tras la lucha entre el parlamento y el rey. Sin embargo, los constituyentes norteamericanos, inmersos en la tradición del juez Coke,¹⁶⁵ siguen el sendero del jurista inglés al redactar el artículo VI de la Constitución norteamericana de 1787; artículo que en su sección segunda formula el siguiente principio: “La Constitución es el supremo derecho de la tierra”.

Otra de las influencias decisivas en el pensamiento norteamericano son las ideas de James Harrington,¹⁶⁶ sobre todo su obra de carácter utópico *La República de Océana*,¹⁶⁷ publicada en Londres en 1656, que des-

¹⁶² Citado por Friedrich, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, cit., p. 120.

¹⁶³ Cfr. Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, pp. 67 y 68.

¹⁶⁴ Cfr. Friedrich, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, cit., p. 126.

¹⁶⁵ García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, cit., p. 38.

¹⁶⁶ Algunos datos biográficos pueden encontrarse en Badillo O’Farrel, Pablo, *La filosofía político-jurídica de James Harrington*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

¹⁶⁷ Harrington era admirador de Hobbes, aunque el método de su obra es la antítesis del criterio de este último. La obra de Harrington analiza las causas sociales y las realidades políticas de su época. Admira también a Maquiavelo, a quien consideraba el único

cribe la formación de un nuevo gobierno para la república ficticia de Océana, que es sin duda Inglaterra. La república de Océana es un “imperio de leyes no de hombres”, con una división de poderes inspirada en las ideas de Locke.

Las Constituciones estatales previas a la Constitución federal sin duda influyeron en la redacción del texto constitucional de Norteamérica. Algunas de ellas llegaron a disponer la creación de órganos especiales destinados a vigilar la observancia de la Constitución, aunque hay que aclarar que en todos los casos mencionados estamos en presencia de órganos de composición netamente política, no jurisdiccional. La Constitución de Pennsylvania (1776) estableció, en su artículo 47, la creación de un Consejo de Censores, que entre sus funciones estaba la de “examinar si la Constitución ha permanecido inviolada en todas sus partes”, así como “proponer al Poder Legislativo la abrogación de las leyes que hubiesen sido aprobadas en contradicción con los principios de la Constitución”. El artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania es reproducido en términos casi idénticos en la Constitución de Vermont, que instituía el Consejo de Censores. Por su parte, la Constitución de Nueva York (1777) establecía un Consejo de Revisión, al que se facultaba a examinar y en su caso aprobar todos los proyectos presentados como leyes.¹⁶⁸

Blanco Valdés no duda en señalar que entre la promulgación de las Constituciones estatales y la adopción de la Constitución federal, el control de constitucionalidad formaba ya parte del horizonte jurídico de los otrora territorios coloniales. Además, entre 1776 y 1787, se producen varios casos en los que el Poder Judicial procederá a declarar inconstitucionales normas legislativas que se entendían contrarias a la legislación “superior” de los Estados

4. *La supremacía constitucional*

Con la frase *We the people* comienza el texto de aprobado por la convención el 17 de septiembre de 1787:

escritor político moderno que se aproxima a las cumbres del arte político antiguo. Véase el estudio preliminar a la edición en español. Harrington, James, *La República de Océana*, traducción de Enrique Díez-Canedo, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

¹⁶⁸ Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, cit., p. 142.

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, afianzar la tranquilidad, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

El significado que Hamilton le da a la frase en *El Federalista*, núm. 84, ha sido una de las más inspiradoras para todos aquellos que creen en la democracia. El objetivo del ensayo de Hamilton fue contestar las críticas a la falta de una declaración de derechos al plan de la convención. La importancia de *El Federalista* para las instituciones políticas de los Estados Unidos de América es enorme.¹⁶⁹

Hamilton reconoce la supremacía constitucional. Atendamos a sus palabras:

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos del legislativo, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las Constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa... No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que el amo, que los representantes del pueblo son superiores al

¹⁶⁹ Para nuestro tema resulta de especial interés la influencia de *El Federalista* en los fallos de la Corte Suprema. Muchas veces se ha utilizado como “fuente de sabiduría que ilumina a la Corte para interpretar la Constitución en un caso particular”. Los ensayos serían los equivalentes de los textos ingleses de Blackstone, Coke o Kent. Más recientemente, sin embargo, el magistrado Scalia ha sugerido que en ellos se encuentra el verdadero significado del texto constitucional. MaGowan, Davis, “Ethos in Law and History: Alexander Hamilton, and The Supreme Court”, *Minnesota Law Review*, vol. 85, 2000-2001, pp. 755; Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 38. El magistrado Scalia, dicho sea de paso, es uno de los miembros más conservadores dentro de la Corte; simpatizante de la doctrina que pugna por interpretar la Constitución conforme a la intención original de los constituyentes.

pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíbe.¹⁷⁰

No faltan los críticos a la *judicial review*; para Gargarella, por ejemplo, la defensa actual del control judicial se encuentra inspirada en presupuestos también elitistas,¹⁷¹ obedece, según él, a una “tradición conservadora”. Gargarella cita a Madison para demostrar el recelo de la época a las decisiones tomadas por una mayoría: Madison habló de la tendencia de “la mayoría de cada comunidad” a “despojar y esclavizar a la minoría de los individuos”.¹⁷² Jennifer Nedeslsky va más allá, al considerar que la Constitución se creó “no para fomentar, sino para confinar y socavar la participación política”. La prosperidad, y no la participación, vincularía a los ciudadanos en el gobierno: “La mayoría sería pobre a la postre, sin propiedades... Madison”.¹⁷³ Por ello, la propiedad sería inherentemente vulnerable en un gobierno republicano. Esta vulnerabilidad por la constante amenaza de la tiranía mayoritaria se convirtió en el centro de la preocupación de los constitucionalistas.

Pero ¿a quién temían aquellos estadounidenses? Gargarella señala que después de lograda la independencia, los campesinos y, en general, la clase más desaventajada de los Estados Unidos se reunieron para protestar en busca de un alivio a sus problemas: después de años de haber puesto sus propiedades y aun sus vidas en juego por los intereses comunes, la independencia los dejaba en una situación pauperizada. En ningún caso, sin embargo, pidieron la anulación de sus deudas; sólo querían evi-

¹⁷⁰ Sotirios, Barber, “Judicial Review and the Federalist”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, 1988, pp. 836-887.

¹⁷¹ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, cit., p. 14; id., “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 55-70; id., “Groups Rights, Judicial Review, and Personal Motives”, *The Journal of Legal Scholarship, The Originalism and Fate of Antisubordination Theory*, 2002, artículo 3o., pp. 1-12. En línea: www.bepress.com/ils/iss2/art.3. Se accedió a la página el 15 de agosto 2004. Véase, también, Presser, Stephen, “Some Alarming Aspects of Legacies of Judicial Review and John Marshall”, *William and Mary Law Review*, vol 43, 2001-2002, pp. 1495-1511.

¹⁷² Hamilton, Alexander, *The Papers of Alexander Hamilton*, Columbia U. P., 1962, citado por Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, cit., p. 30.

¹⁷³ Nedeslsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, cit., pp. 263 y ss. Nedeslsky cita a Madison y su fe en las “reglas de justicia” que fija límites a lo que la mayoría podía legítimamente hacer. Hamilton, A. et al., *El Federalista*, cit.

tar la obligación de pagar en efectivo, ya que carecían de “moneda dura” y no estaban dispuestos a seguir vendiendo bienes para encontrarla.

Los deudores enfrentaban juicios promovidos por sus acreedores. Frente al acoso judicial y político al que estaban sometidos, una de las primeras medidas fue reunirse en asambleas locales para redactar petitorios y presentarlos ante sus respectivos parlamentos reclamando la emisión de papel moneda de curso forzoso, a lo que, naturalmente, se opusieron los acreedores. Los deudores comenzaron a obstaculizar las reuniones de los tribunales de justicia, obligando a los jueces a suspender los cobros forzosos. El movimiento se propagó por distintos estados. La situación del país llevó a que se convocasen las tropas nacionales para dispersar a los rebeldes —cuestión que se dio sin mayores problemas—.

Sin embargo, a fin de evitar nuevos levantamientos populares, los distintos parlamentos comenzaron a emitir papel moneda, respondiendo así a la principal demanda de los deudores.

Para la clase dirigente norteamericana, señala Gargarella, situaciones como las descritas constituyeron una afrenta inadmisibles: los deudores conseguían sus objetivos avalados por medios legítimos. A mediados de la década de 1780-1790 había una total conexión entre la voluntad de las asambleas populares y los votos de las asambleas legislativas, lo cual constituía una temible novedad para la clase dirigente:¹⁷⁴

Las reacciones expresadas por la clase dirigente norteamericana frente a la particular coyuntura de 1780-1786 fueron traduciéndose poco a poco en una concepción más definida y articulada acerca de cómo funcionaba y cómo debía funcionar la política... Así, en general, se partió de la idea de que las asambleas legislativas habían actuado con inaceptable impruden-

¹⁷⁴ Gargarella, Roberto. “La justicia frente al gobierno...”, *cit.*, p. 25. Gargarella fundamenta este argumento en Petterson, Stephen, “The Roots of Massachusetts Federalism. Conservative Politics and Political Culture Before 1787”, y en Hoffman, R. y P. J., Albert, *Sovereign Status in Age of Uncertainty. The U. S. Capitol Historical Society*, University Press of Virginia, 1981, pp. 49 y 50. De la misma opinión Gottfried, Dietze, “America and Europe. Decline and Emergence of Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1958, p. 1238. Para Dietze, “una de las principales razones de la reunión de la Convención fue controlar el despotismo democrático tal y como existía bajo el gobierno de los congresos estatales”. En uno de sus párrafos el Plan de Virginia señala: “Es una máxima incontrovertible que la rama del poder estatal ejercida por el pueblo devora a las otras ramas. Ninguna de las constituciones establecidas ha proporcionado suficiente freno contra la democracia. El débil senado de Virginia es un fantasma...”. Citado por Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución...*, *cit.*, p. 111, nota 19.

cia, y se llegó a sostener que las medidas habitualmente actuaban así, y que por ello debían ser limitadas.¹⁷⁵

En verdad, para Madison y Hamilton, el poder más temible para la Constitución republicana era el Poder Legislativo. La Constitución debe enfrentarse a “la tendencia del Legislativo a absorber los otros dos poderes”, así como propugnar e imponer “la subordinación a las leyes”.¹⁷⁶ Para Gargarella, Madison deja claro dos cosas: “primero, que el nuevo orden institucional debía estar fundamentalmente orientado a impedir los actos de las facciones;¹⁷⁷ segundo, que los comportamientos facciosos representaban tendencias más bien propias e inevitables de las asambleas legislativas”.¹⁷⁸

También es verdad que una de las razones sostenidas por Hamilton para la existencia de un órgano revisor de las normas tiene sus raíces en una idea elitista. Se tenía la convicción de que en política existen algunos “pocos principios verdaderos”, que no podían ser percibidos por la “ciudadanía común” o que las mayorías tendían a actuar irracionalmente. Hamilton, en *El Federalista*, núm. 31, señala: “cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de las pasiones sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”.¹⁷⁹ Sin embargo, aunque las preocupaciones de Hamilton y Madison fueron el miedo de la elite de

¹⁷⁵ Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, *cit.*, p. 26.

¹⁷⁶ Citado por Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, *cit.*, p. 108.

¹⁷⁷ Por facciones, Madison entiende “cierto numero de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos, o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”. Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, p. 36.

¹⁷⁸ Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, *cit.*, p. 31. Véase, también, Nedeslsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, *cit.*, p. 239. “La protección de los derechos establecidos contra la intromisión de las legislaturas democráticas fue el acto central con el que los tribunales afirmaron su poder de proteger los derechos individuales ante el ataque democrático”. Para la autora, debe entenderse derecho individual derechos de propiedad: “Se invocó la inviolabilidad de la propiedad para mostrar que tanto la Constitución como los derechos naturales requerían imponer judicialmente unos límites al poder de la mayoría. La Corte Suprema asumió un papel de garante y mediador de la tensión básica del sistema: tensión que puso en su centro los derechos de propiedad”.

¹⁷⁹ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, *cit.*, p. 28.

verse avasallada por una mayoría facciosa, eso no deslegitima la *judicial review*. La Constitución preveía para Madison mecanismos que evitarían los peligros de un exceso de deliberación o de deliberaciones sumamente conflictivas.¹⁸⁰

Además, a través de una ley del Congreso se legitimaba la institución de referencia; la ley sobre la administración de justicia de 1789 dio por supuesto que las cortes de los estados examinarían la validez de las leyes del Congreso, y se dispuso que la revisión por parte de la Corte Suprema se daría cuando las cortes estatales se hubieran pronunciado en contra de su validez.¹⁸¹ De tal guisa, podemos señalar que, por los propios términos de la ley de 1789, la Corte Suprema tenía facultades para confirmar y para revocar los pronunciamientos de las cortes de los estados. Otro dato importante es que durante el primer siglo de la existencia de la Corte los ataques a ese máximo tribunal se referían a las decisiones de la misma que restringían la autoridad de los estados y no sobre las que limitaban las facultades del Congreso de la Unión.¹⁸²

Aunque las cuestiones históricas descritas por Gargarella deben haber influido en la creación de un poder revisor de la constitucionalidad, las investigaciones de Charles Warren demuestran que aunque el poder de la Corte no fue seriamente discutido hasta 1802, antes de ese tiempo parece haber sido reconocido casi universalmente: “incluso en 1802 fue atacado por razones puramente políticas y sólo por políticos de Kentucky, Virginia, Carolina del Norte y Georgia”.¹⁸³

En segundo lugar, aunque es verdad que el antecedente elitista que señala Gargarella influyó fuertemente en la creación de un poder revisor de la labor del Legislativo con un “déficit democrático”, este hecho no nos dice nada acerca de su legitimidad actual o de su conveniencia. Jon Elster

¹⁸⁰ De ahí que las reformas a la Constitución fueran aceptadas por Madison, aunque éstas supondrían un proceso lento y con obstáculos con el fin de liberar tiempos y espacios para la discusión sobre políticas concretas. Sobre esto véase Páramo Argüelles, Juan Ramón, “Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos”, en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Alcalá, Universidad de Alcalá, 2002, p. 447.

¹⁸¹ Sobre esto puede verse Warren, Charles, “New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789”, *Harvard Law Review*, vol. 37, 1923-1924, pp. 49-132.

¹⁸² Warren, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Birmingham, Legal Classics Library, 1992, vol. II, p 5.

¹⁸³ *Ibidem*, vol. I, p. 256. Véase también Warren, Charles, “The First Decade of the United States”, *University of Chicago Law Review*, vol. 7, 1939-1940, pp. 631-654.

señala que “En algunas ocasiones, los efectos de las restricciones accidentales explican el mantenimiento de instituciones que originalmente fueron creadas por razones completamente distintas”. Elster explica lo anterior dando el ejemplo de las cambiantes justificaciones del bicameralismo: si los pobres forman una mayoría, su interés podría inducirles a promulgar leyes contrarias a los derechos de propiedad.¹⁸⁴

La solución histórica al problema de las mayorías apasionadas fue la creación del bicameralismo: “Aunque a menudo introducido por elites minoritarias con el fin de controlar a mayorías populares, este mecanismo puede ser visto ahora como una forma de autocontrol democrático por sus propiedades retardadoras y apaciguadoras”.¹⁸⁵ Para el sociólogo norteamericano existieron tres etapas en la Asamblea de Filadelfia, pero también en la de París: en la primera, existe una monarquía que es vista como arbitraria y tiránica; en la segunda, ésta es reemplazada por un régimen parlamentario libre de restricciones; en la tercera, cuando se descubre que el Parlamento puede ser arbitrario y tiránico como lo era el rey, se introducen mecanismos de control y equilibrio. Poco importan ahora los orígenes del bicameralismo, ahí donde este sistema sirva de enfriamiento a las pasiones pasajeras de los representantes, el bicameralismo estará legitimado.

Pues bien, lo mismo podemos decir de la *judicial review*: si ésta cumple el papel de protección de los derechos fundamentales, si sirve de freno y contrapeso al Poder Ejecutivo y al Judicial, estará legitimada. No debemos olvidar que la salvaguarda a los derechos fundamentales es la tarea que tradicionalmente se le ha asignado a la Corte Suprema: “Las instituciones deben proteger los derechos individuales contra la voluntad de la mayoría, y esas instituciones no pueden ser controladas por las mismas mayorías”.¹⁸⁶ No importa si hace doscientos años la intención de crear la *judicial review* fue proteger a la elite norteamericana, las bondades probadas de la institución justifican su aplicación en nuestro tiempo.

¹⁸⁴ Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de Jordi Mundó, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 150 y ss.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 113.

¹⁸⁶ Calsamiglia, Alberto, “Constitucionalismo y democracia”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 168.

5. Sentencia *Marbury vs. Madison*

Aunque en la tradición inglesa del *common law* encontramos las raíces de la técnica de la *judicial review*, es en el sistema jurídico norteamericano donde se institucionaliza a través de la sentencia *Marbury vs. Madison*, de 1803;¹⁸⁷ en ésta el magistrado Marshall¹⁸⁸ no dejó dudas sobre la supremacía de la Constitución¹⁸⁹ y la forma como el Estado puede hacer efectiva dicha superioridad, al señalar que:

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o el Poder Legislativo puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ella, puede reforzarse o dejarse sin efectos siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternati-

¹⁸⁷ *Marbury vs. Madison*, 5. U. S. (1803). Blanco Valdés señala siete casos previos a *Marbury vs. Madison*, que serían: *Holmes vs. Walton* (Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey, 1779), *Commonwealth vs. Caton* (Corte de Apelaciones de Virginia, 1782), *Rutgers vs. Waddington* (juez de paz de Nueva York, 1784), *Symsbury Case* (Tribunal de Connecticut, 1785), *Bayard vs. Singleton* (Corte de Apelaciones de Carolina del Norte, 1786), y finalmente un caso decidido en 1787 por un tribunal de Nueva Hampshire. Blanco Valdés, citando a Salvatore Catinella, hace referencia a un caso primigenio: *Josiah Phillips*, fallado en Virginia en 1778. En realidad, el carácter de precedente de la *judicial review* de esta sentencia es dudoso. Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución...*, cit., p. 144. Al caso referido otros investigadores añaden dos más. Uno producido en 1785 ó 1786, que aparece en la obra de *Plumer's Life*, de William Plumer, y otro fallado por la Corte de Massachussets en 1788. Véase Boudin, Luis B., "Precedents for the Judicial Power: *Holmes vs. Walton and Brattle vs. Hinckley*", *St. John's Law Review*, vol. 3, núm. 2, 1928-1929, p. 177.

¹⁸⁸ Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, cit., pp. 49-79.

¹⁸⁹ La Constitución en su artículo I, sección I del título III, de forma explícita crea la Corte Suprema cuando señala que el Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en una única Corte Suprema y en los tribunales inferiores que oportunamente pueda crear el Congreso. El más alto tribunal está formado por un presidente o *chief justice* y ocho vocales, llamados *associate justices*, nombrados por el presidente de los Estados Unidos con la autorización del Senado. Los nueve miembros de la Corte son nombrados con carácter vitalicio. La Corte Suprema funge como tribunal original en, por ejemplo, los procesos que afectan a embajadores, cónsules o miembros del gobierno. Sin embargo, pocas han sido las demandas presentadas ante la Corte como tribunal de primera instancia. Su labor más importante la realiza como tribunal de apelación, según el artículo 2o., título III, de la Constitución. Conforme a esta facultad, la Corte Suprema resuelve, entre otras cosas, disputas entre dos o más estados y entre ciudadanos de diferentes estados.

va, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo de limitar un poder ilimitable por naturaleza... ¿Si una ley contraria a la Constitución es nula, obliga a los tribunales no obstante su invalidez?... Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial, es decir, que es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, la Corte debe decidir acerca de la validez y la aplicación de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren. Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo la ley. Esta doctrina subvertirá los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula de acuerdo a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria...¹⁹⁰

En la sentencia *Marbury* se establece la supremacía constitucional; se subordinan las decisiones del Poder Legislativo a un Poder Judicial autónomo. Este control jurisdiccional de las leyes tiene una relación estrecha con la búsqueda de una plena seguridad jurídica, pero sobre todo con la

¹⁹⁰ *Ibidem*, 137, 177 (1803). El texto previo, parte sustancial de la sentencia *Marbury* vs. *Madison*, lo hemos tomado de Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 99 y 100. Una traducción de la sentencia se encuentra en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343 y más recientemente en 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, cit.*, pp. 87-115. Una explicación sencilla, pero clara de la labor de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede encontrarse en Howard, A. E. Dick, "Decir qué es la ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la Constitucionalidad". *Temas de la Democracia*, abril de 2005, pp. 5-38. Existe una cantidad ingente de estudios sobre esta sentencia, en español puede verse Blanco Valdés, Roberto, "La configuración del concepto de Constitución en la experiencias revolucionarias francesa y norteamericana", *Working Papers*, núm. 117, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996; *id.*, *El valor de la Constitución...*, *cit.*, pp. 165-204.

eliminación de las arbitrariedades del Estado.¹⁹¹ La estructura lógica del planteamiento de Marshall puede presentarse de la siguiente forma: premisas: 1) el deber del Poder Judicial de aplicar la ley; 2) cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra; 3) la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley; 4) la supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida; 5) la negación de la premisa anterior supondría, que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso; 6) el Congreso está limitado por la Constitución; 7) si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria. Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.¹⁹²

Aunque la decisión de Marshall en *Marbury vs. Madison*, de 1803, supuso el reconocimiento de la autoridad de la Corte Suprema para decidir sobre la validez de los actos del Congreso, la sentencia fue más bien una consecuencia lógica de la forma de entender la labor del Poder Judicial en la defensa de los derechos constitucionales. Evans Hughes considera que la autoridad de la Corte Suprema es una consecuencia de las ideas que eran patrimonio común del pueblo cuando se redactó la Constitución:

Si se habían de llevar a la práctica las limitaciones de las facultades del Congreso definidas por la Constitución y si se habían de proteger los derechos individuales en la forma en que aquélla establecía, tenía que haber algún tribunal que pudiera determinar cuándo se habían excedido estos límites. Naturalmente, ese tribunal no podía ser el de un Estado, porque ello capacitaría a los Estados para anular la autoridad federal, no podía conferirse al Ejecutivo, porque eso sería hacerlo superior al Congreso.¹⁹³

De esta forma, la supremacía judicial parece una descripción correcta de la tradición del *common law*. El derecho anglosajón se creó original-

¹⁹¹ Berger, Raoul, "Reflections on Constitutional Interpretation", *BYU L. Review*, 1997, p. 517.

¹⁹² Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 100.

¹⁹³ Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit., p. 93. De la misma opinión es Luis Sánchez Agesta quien señala que "Esta Constitución [la de los Estados Unidos] no establecía de forma directa y precisa la competencia del Tribunal Supremo para enjuiciar el valor de las leyes por su conformidad con la Constitución, aunque, ciertamente, la idea no era extraña a los fundadores de la Constitución, y una prueba es que está argumentada y defendida en el federalista". Sánchez Agesta, Luis, "La justicia constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983, p. 7.

mente y se ha seguido desarrollando en las manos de los jueces: “en ellos se ha depositado la defensa del orden social y económico existente”.¹⁹⁴ La idea de la primacía de la Constitución, señala Cruz Villalón, “ha sido inseparable, desde su origen, del concepto mismo de Constitución, sólo ha alcanzado a ser un específico concepto dogmático, cuando de ella se han hecho derivar consecuencias jurídicas concretas para las normas con pretensiones de validez opuestas a ella”.¹⁹⁵

Cuando los jueces declaran nula una ley por considerarla contraria a la Constitución no están afirmando su superioridad sobre el Legislativo,¹⁹⁶ más bien, reafirman la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias. De ahí que el control de constitucionalidad tendrá la finalidad de impedir que el poder más fuerte, el Legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la Constitución, identificándose falsamente con el mismo pueblo.

Los norteamericanos temieron a la democracia sin constitucionalismo, que conducía a la concentración de los poderes en la “soberana asamblea de los representantes del pueblo”; por ello debía prevalecer la supremacía de la Constitución como garantía de los poderes limitados.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1931.

¹⁹⁵ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

¹⁹⁶ De esto se da cuenta Carl Schmitt en su obra citada: “El derecho de control judicial por parte del juez, en la decisión de los procesos, descansa en algo diametralmente opuesto a toda superioridad, de cualquier clase que sea del juez con respecto de la Ley o al legislador. Tiene su origen en una especie de situación de necesidad, cuando existen preceptos legales que se contradicen, y el juez, ante ese conflicto de preceptos que se le plantea, se ve precisado a adoptar una resolución en el proceso”. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución...*, cit., p. 30. La idea de la capacidad decisoria del juez conforme al derecho constitucional es básica en la obra de Schmitt. La necesidad de fallar, de resolver problemas es insoslayable: La decisión, es para el alemán, “sentido y objeto de la sentencia”, por tanto, su “valor no radica en una argumentación aplastante, sino en una autoritaria eliminación de la duda que precisamente resulta de las principales argumentaciones posibles que se contradicen entre sí. ¿A quién sino al juez nos llevaría la lógica a designar como responsable para resolver conflictos? Dicho Tribunal resuelve dudas y diferencias de opinión en su calidad de máximo experto del derecho, es decir, es, en realidad, una especie de asesor jurídico supremo”. *Ibidem*, pp. 61 y ss.

¹⁹⁷ Sobre esto véase Fioravanti, Mauricio, *Constitución...*, cit., pp. 109 y 110. Actualmente (según la *Circuit Court of Appeals Act*, de 1891) los recursos en contra de tribunales federales los conoce una Corte Federal de Apelaciones (The Circuit Court of Appeals). Como consecuencia de la imposibilidad de la Corte Suprema de conocer todos

6. La dificultad contramayoritaria

La crítica de la jurisdicción y a la jurisprudencia constitucional se efectúa siempre en torno a la disputa sobre el principio de la división de poderes. Ya Kelsen había señalado lo anterior: “La posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por otro órgano, constituye una notable restricción al poder del primero... En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo”.¹⁹⁸

los recursos presentados, en 1925 entra en vigor la The Judge’s Act. Ley federal que crea una jurisdicción bifurcada. Dos son las vías de acceso a la jurisdicción de revisión judicial de la Corte Suprema: el auto de evocación o writ of certiorari y el recurso de apelación o *appeal to the court*. En la primera vía, el recurrente pide a la Corte que dicte un acto de vocación con la finalidad de que ésta pueda revisar la sentencia dictada por un tribunal inferior. La diferencia entre un auto de avocación y el recurso de apelación reside en que este último obliga a la Corte a revisar la sentencia del tribunal inferior, siempre que una ley autorice al recurrente a pedirlo, mientras que en el auto de avocación la decisión de entrar a conocer el caso es discrecional. El título 28 del United Status Code compila las normas existentes relacionadas con los tribunales federales existentes. En su capítulo I establece que los órganos judiciales de primera instancia son las cortes federales de distrito o Federal District Court (además, existen tribunales especiales, como el U. S. Court of Federal Claim y Court Internacional Trade). En un nivel intermedio se encuentran las cortes federales de apelación. El máximo órgano es, por su puesto, la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los juzgados de distrito son la puerta de entrada al sistema judicial federal: instruyen el proceso judicial. Las cortes de apelaciones se encargan de revisar las sentencias dictadas por los tribunales federales inferiores especializados, revisa las sentencias de las cortes federales de distrito en materia de patentes y marcas y en aquellos asuntos donde se reclama algún tipo de responsabilidad pecuniaria al gobierno federal. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., pp. 35 y ss.

¹⁹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 318. La solución que da Kelsen a este conflicto, como bien sabemos, es la creación de un Tribunal Constitucional, cuyos miembros sean electos por el parlamento. Kelsen, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriacas y norteamericana”, *Dereitod, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 1, 1995, p. 219. Kelsen señala que: “Puesto que la Constitución confiere al Tribunal Constitucional una función legislativa, esto es, una función que en principio estaba reservada al parlamento, la Constitución austriaca de 1920, preveía que los miembros del Tribunal Constitucional fueran elegidos por el parlamento a diferencia de los otros jueces, que eran nombrados por la administración”. Habermas considera también que la discusión de fondo es una lucha de poderes; véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 311. En las discusiones sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el ámbito europeo es imprescindible citar la polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. A este respecto, véase Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos,

Sin embargo, la discusión doctrinal en Estados Unidos se refiere a otra problemática. Nos referimos a lo que Alexander Bickel llamó “dificultad contramayoritaria” en su obra *The Least Dangerous Branch*.¹⁹⁹ Con su libro se comienza una nueva discusión sobre la *judicial review*: el control judicial es una institución anómala y contramayoritaria²⁰⁰ del sistema democrático norteamericano. Así, cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo se tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora, ejerciendo el control no en nombre de la mayoría, sino en su contra.²⁰¹

Desde entonces se ha tratado de responder a una pregunta que parece esencial: ¿es legítima la labor del poder revisor de la constitucionalidad de la norma?²⁰² Pregunta que dista mucho de haber sido contestada. En los últimos años la polémica ha cobrado actualidad con la tesis de Je-

1995, y Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución...*, cit. Para una visión general de la justificación de la *judicial review* véase Freeman, Samuel, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 1990-1991, pp. 327-370. Sobre este artículo véase el ensayo de Waldron, Jeremy, “Freeman’s Defense of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pp. 28-41.

¹⁹⁹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch...*, cit. Véase, también, Bickel, Alexander, “The Supreme Court 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues”, *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 40-79; Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel...”, cit., pp. 263-298. Se cuenta ahora con excepcionales y esclarecedores estudios sobre la historia de la objeción contramayoritaria de Barry Friedman: Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 333-433; id., “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court”, *Public Law and Legal Theory, Working Paper Series Research*, vol. 49, 2002, pp. 1-99; id., “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner”, *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1383-1453; id., “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *New York University Law Review*, vol. 148, 1999-2000, pp. 971-1064; id., “The Birth of Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, *The Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 2, 2002, pp. 153-259. El autor además ha publicado numerosos ensayos sobre el tema; véase por ejemplo: “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 1257-1304. En castellano puede verse Criado, Marcos y Cabo, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, pp. 296 y ss.

²⁰⁰ Los términos “problema contramayoritario” fueron acuñados en Bickel, Alexander, *The least dangerous Branch...*, cit., pp. 16 y 17.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² Las críticas han surgido también de la pluma de politólogos como Robert Dahl, quien considera que las decisiones de la Corte sólo ratifican las preferencias populares. Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, traducción de Leonardo Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992.

remy Waldron; enmarcada en el debate sobre la inserción de una Constitución y de un órgano encargado de velar por ella en el Reino Unido.²⁰³ La principal objeción que se le hace al órgano revisor de la constitucionalidad es su supuesto déficit democrático, ya que se cuestiona que jueces no elegidos democráticamente tengan la facultad de invalidar una norma producto de la voluntad de una mayoría. La primera premisa que utilizan los críticos del *judicial review* se basa en el respeto a la forma de gobierno que acompañó el nacimiento de la nación norteamericana: el gobierno acorde con el consentimiento de las mayorías de los gobernados es el núcleo del sistema de gobierno norteamericano, pues la sociedad ha aceptado desde un comienzo y de manera casi instintiva la democracia representativa.²⁰⁴ No obstante, la mayoría que dispone de un poder sin trabas para establecer la política gubernamental se encuentra en una posición en la cual pueden adjudicarse beneficios a expensas de la minoría restante, aun cuando no haga diferencia significativa entre los grupos.²⁰⁵

²⁰³ Esta propuesta es conocida como Charter 88. No está de más señalar que la jurisprudencia norteamericana acerca de la división de poderes y sobre la *judicial review* ha sido utilizada en las sentencias en el Reino Unido. Si la idea de Coke fue exportada a los Estados Unidos de América donde se desarrolló a partir de las ideas de Hamilton y después por el magistrado Marshall, parece que ahora el Parlamento inglés retoma su lógica. Sobre esto véase Worster, William, "Using Jurisprudence to Resolve the British Separation of Powers Following the Human Rights Act 1988", *Oregon Review of International Law*, vol. 5, 2003, pp. 76-113. El autor parte de un ilustrativo estudio de las ideas de Coke y Marshall, para después establecer las influencias de éstos en la Europa continental, desde la Convención Europea de los Derechos Humanos hasta la protección del Parlamento de los derechos "atrincherados" por la Human Rights Act o HRA, que se sustancia en la obligación de los tribunales de interpretar las leyes de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo contenido se incorpora a la HRA, o en la facultad de emitir una Declaration of Incompatibility que no invalida ni permite inaplicar la ley, pues sigue siendo el Parlamento el facultado para modificarla o derogarla. Cfr. Bayón Mohino, Juan Carlos, "Derechos, democracia...", *cit.*, p. 1. Sobre el tema puede verse Gearly, Conor, "Reflections on Human Rights and Civil Liberties in Light of the United Kingdom's Human Rights Act 1998", *University of Richmond Law Review*, vol. 35, 2001-2002, pp. 1-26; Vick, Douglas W., "The Human Rights Act and the British Constitution", *Texas International Law Journal*, vol. 37, 2002, pp. 329-372. En castellano: Pérez Treviño, Luis, "Una revisión de la soberanía del Parlamento británico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1998, pp. 171-204.

²⁰⁴ Cfr. Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza...*, *cit.*, p. 26. Boynton, Brian, "Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely's Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000-2001, p. 397.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 26.

No está de más recordar que a partir de la Revolución francesa se ha entendido al Estado como un poder representativo que, en contraposición al Estado absolutista, se concibe como un poder limitado, limitación que está marcada por los derechos fundamentales. En este modelo de Estado el pueblo seguiría siendo soberano, esto es, seguiría siendo un pueblo libre. Su libertad sería intocable jurídicamente, incluso por obra de la propia mayoría: derechos frente al Estado, derechos frente a la mayoría. Ése era el núcleo fundamental de este modelo en el momento del nacimiento del Estado constitucional.

La defensa de aquellos derechos consagrados en la Constitución estará en las manos de un cuerpo colegiado. Esto plantea el problema, un supuesto problema de legitimación de sus decisiones: un grupo de personas que no han sido elegidas democráticamente decide sobre la constitucionalidad de una norma establecida por una mayoría. Así, un poder revisor de constitucionalidad plantea lo que se ha llamado “dificultad contramayoritaria”, y que podríamos describirla como una paradoja, pues, por una parte, contamos con la regla de la mayoría que configura un ideal democrático, y, por otra parte, la existencia de instituciones correctoras que le marcan límites y que están en manos de una minoría ilustrada.

Trataremos de explicar que la supuesta tensión entre la *judicial review* y la democracia, que se ha convertido en una verdadera “obsesión”,²⁰⁶ no es más que una fe excesiva en la democracia como regla de la mayoría. Esto, aunado a la concepción de que los fundamentos últimos de la *judicial review* son derechos naturales, y el descrédito de estos últimos provocan una desconfianza en aquella institución.²⁰⁷

Aunque en Europa los problemas de legitimidad democrática de los órganos revisores de constitucionalidad no se dan con tanta intensidad como en los Estados Unidos, los tratadistas españoles no se han resistido a la tentación de entrar a la polémica de la supuesta objeción contramayoritaria. A través de la obra de Ferreres Comella se plantea el tema

²⁰⁶ Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One...”, *cit.*, pp. 337 y 338. Se señala de nuevo en Friedman, Barry, “The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship”, *Northwestern University Law Review*, vol. 95, 2000-2001, p. 935. De la misma opinión véase Burbank, Stephen, “The Architecture of Judicial Independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, pp. 328, y Winter, Steven L., “Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law”, *California Law Review*, vol. 72, 1990, p. 1521.

²⁰⁷ Chemerinski, Erwin, “The Supreme Court, 1988...”, *cit.*, p. 64.

en las discusiones doctrinales en España.²⁰⁸ Así, Ferreres Comella se cuestiona: “¿bajo qué condiciones es legítimo, desde un punto de vista democrático, el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de la ley?”²⁰⁹

Juan Carlos Bayón formula la interrogante de forma similar: “¿Cómo se justifica y qué alcance tiene la *judicial review*? ¿En qué términos han de utilizar esa facultad jueces no elegidos y no sujetos a responsabilidad para que no resulte inconsistente con los supuestos básicos de la democracia?”²¹⁰

²⁰⁸ Así lo señala Bayón Mohino, Juan Carlos, “Democracia y derechos...”, *cit.*, p. 9, nota 18. Sin embargo, Rubio Llorente ya advertía sobre la importancia de “teorizar” acerca de la “legitimidad del poder del juez sobre la representación popular”. En las críticas a la labor de la Corte pueden esgrimirse argumentos tradicionales, como el que ya señalara Carl Schmitt y que se desechan “apelando, en último término, a la *facta concludentia*, y a la resistencia de los demócratas del viejo estilo, hoy denominados jacobinos, a abandonar el dogma de la soberanía de la ley y la sujeción a ella del juez, con apelaciones a una concepción pluralista de la democracia y a la necesidad de proteger la libertad de la amenaza de la mayoría”. Sin embargo, la legitimidad del juez para invalidar la norma dictada por la representación popular no ha sido probada satisfactoriamente. Véase Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder...*, *cit.*, pp. 544 y ss. Anteriormente Rubio Llorente había señalado los riesgos que se corren al tratar de justificar el papel que asumen las jurisdicciones constitucionales en el Estado contemporáneo: El “destronamiento de la ley” podría tener como consecuencia la destrucción de la seguridad jurídica. Para Rubio Llorente, el problema debe ser resuelto por la teoría constitucional, y apoyándose en una doctrina de la interpretación: la desconfianza frente al legislador no puede llegar a sustituir el poder ilimitado de las mayorías por “el también ilimitado, de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución, o a colocar en el lugar de la ley una decisión *ad casum*, expresión de un criterio sobre cuya fijeza y generalización no tiene el ciudadano garantía alguna”. Prólogo de Rubio Llorente a Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, p. XXIV.

²⁰⁹ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *cit.*, p. 41.

²¹⁰ Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, enero-abril, p. 138. La misma pregunta se la formula Gargarella, Roberto, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 55-70; *id.*, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, *cit.* p. 11; Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución...*, *cit.*, p. 55; Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, *Parlamento y Constitución*, Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, núm. 5, 2001, pp. 11 y 12; Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, *cit.* La investigación de Ahumada Ruiz desarrollada en su obra *La jurisdicción constitucional en Europa*, entre otras cosas, analiza el dilema contramayoritario. Basta con leer el título de su capítulo II para comprender su preocupación: *¿Democracia tutelada por jueces? La tensión entre constitucionalismo y democracia*. Parece que uno de

La doctrina en España ha elaborado propuestas para resolver la dificultad contramayoritaria. Para Prieto Sanchís, por ejemplo, justifica la labor de la Corte y considera que las decisiones pueden servir como un diálogo institucional con el legislador. Las sentencias requieren un esfuerzo o una carga argumentativa que contribuyan a la racionalización del derecho.²¹¹ Propone un recurso legislativo al estilo del que fue arbitrado en la Revolución francesa.²¹² Por su parte, Cappelletti considera que la labor de Poder Judicial es legítima: “Cuando no existe control judicial el poder político está aún más fácilmente expuesto al riesgo de pervisión”. Aunque reconoce que no es un “remedio infalible”, en muchos países ha servido para “reforzar nuestras libertades fundamentales, entonces su legitimidad democrática también se ha confirmado”.²¹³

los principales objetivos del libro es demostrar la importancia de la objeción democrática en los regímenes constitucionales de Occidente. La autora advierte de los riesgos de “constitucionalización de la democracia”: “¿Hasta qué punto, sin embargo, es posible codificar, «constitucionalizar» la democracia sin provocar con ello su desnaturalización?”. *Ibidem*, p. 133. Una y otra vez, la autora se pregunta si el establecer derechos y atrincherarlos es válido en un sistema democrático. *Ibidem*, p. 116. En definitiva, la autora hace eco, aunque de forma matizada y a veces tímida, de las críticas al sistema de la *judicial review* hechas por Carlos Santiago Nino, Jeremy Waldron y Robert Dahl a quienes cita recurrentemente. Se percibe sobre todo la influencia del pensamiento de Dahl, incansable crítico de la democracia norteamericana, para quien uno de los bienes fundamentales del hombre se encuentra la libertad de autodeterminación. Lo que hay de tras de todo esto es el argumento según el cual la democracia, por sí sola, podría ser un mecanismo protector de los derechos fundamentales. Esto es lo que parece sugerir la autora. Para Ahumada, la “intervención frecuente del tribunal constitucional en la determinación de cuestiones cuya solución, en principio, debe dejarse al proceso político, a la larga puede afectar negativamente a su autoridad”. *Ibidem*, p. 306. Creemos que la autora no deja claro cuáles son aquellos temas sobre los que el juez constitucional debería abstenerse. Si se definieran esos supuestos límites entraríamos a una polémica muy fructífera.

²¹¹ *Ibidem*, p. 37.

²¹² *Ibidem*, p. 28.

²¹³ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, traducción de Pablo de Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, 1986, pp. 45 y 46. Esto se demuestra con una mirada a la labor de los tribunales constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial. Para un análisis comparativo de los tribunales constitucionales en Europa véase: Bouzat, Gabriel, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, en varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

7. La democracia radical. El constitucionalismo en peligro²¹⁴

Los políticos radicales defienden la idea de que la democracia requiere que gobiernen aquellos representantes elegidos por el pueblo y que el pleno poder de dictar leyes les sea conferido con libertad. Para el demócrata radical, ese poder constituyente está siempre latente, no hay ninguna diferencia entre aquellos que redactaron la Constitución y el pueblo de hoy. No hay lugar a derechos fundamentales entendidos como precompromisos, sólo existirían los que en cada momento proclamara para sí el pueblo vivo.

De ahí que Jeremy Waldron destaca que el respeto a los derechos de participación política es incompatible con la creación de una institución encargada de la revisión y adaptación de los derechos fundamentales.²¹⁵ Uno de los argumentos más usados por los monistas, como denomina Ackerman a los demócratas radicales, se denomina “tiranía del pasado”: cada generación debe ser libre para tomar sus propias decisiones. Cabe aclarar que el argumento de la tiranía del pasado se refiere a los compromisos establecidos por generaciones anteriores, que no es lo mismo que la objeción contramayoritaria establecida por Bickel,²¹⁶ y que tiene que ver

²¹⁴ Tomamos esta idea del ensayo de Patricia Lopera, para quien las ideas de constitucionalismo se han puesto en tela de juicio: la idea de la supremacía constitucional “ha sido cuestionada en sus cimientos desde cierta filosofía jurídica y política, que critica tanto la idea del «coto vedado» como de precompromiso constitucional, una parte esencial de la que se conoce como dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad”. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, p. 234.

²¹⁵ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, pp. 18-51; Waldron, Jeremy, “Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man”, *cit.*, pp. 18-20; *id.*, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Koh, Harold Hongju y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 249-667.

²¹⁶ La cita obligada para los que se declaran en contra de la “tiranía del pasado” es David Hume, para quien la ficción del contrato social “supone el contrato de los padres de anular a los hijos, aun a las generaciones más remotas (lo que los escritores republicanos nunca consentirán)”. Citado por Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, p. 221. Según Burke, el Parlamento inglés de 1688 había cancelado legalmente su posteridad hasta el fin de los tiempos. Paine responde que no hay semejante derecho o poder. “Cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que le precedieron”. Para Paine, no sólo es inhumano, sino imposible atribuirse las opciones de las generaciones venideras. Los grilletes del pasado son como ataduras de arena. No obstante, los intentos para cancelar el futuro,

con la defensa de la Constitución por un tribunal constitucional o por una corte suprema.

La verdad acerca de la participación política y del proceso es tan compleja y discutida como cualquier otra cuestión en política:

La gente está en desacuerdo acerca de qué derechos de participación deben estar implícitos y cómo deben ser comprendidos frente a otros valores. Ellos tienen la noción de los límites constitucionales, representación proporcional, la frecuencia de las elecciones, la financiación de los partidos, la relación entre libertad de expresión...²¹⁷

De esta forma deja claro que no existe justificación para establecer un coto vedado alrededor de los derechos sustantivos, pues de esta manera se ignoraría la importancia de la deliberación democrática.

En este caso no se ataca sólo la institución de la *judicial review*; se ataca al constitucionalismo. La pregunta incómoda que formula Tribe sería: ¿por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original... estructurado deliberadamente para dificultar su cambio?²¹⁸ Stephen Holmes, después de citar la pregunta formulada por Tribe, a su vez, se cuestiona: la revisión judicial, cuando está basada en una lealtad supersticiosa a la intención de los creadores, ¿es compatible con la soberanía popular?²¹⁹

aunque a la postre vanos, pueden ser muy irritantes. Por tanto, se les debe denunciar como lo que son: violaciones abiertas a la justicia natural. Para Paine, el pacto social tiene que revalidarse constantemente, porque es una creación continua de las sociedades históricas y de los hombres que configuran el Estado en un momento dado. Paine, Thomas (estudio preliminar, selección y traducción), *El sentido común y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1990; West, Robin, "Tomas Paine's Constitution", *Virginia Law Review*, 89, 2003, pp. 1413-1461; Páramo Argüelles, Juan Ramón de, "Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos", en Zapatero, Virgilio (ed.), *Horizontes de horizontes...*, cit.

²¹⁷ Waldron, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, p. 39.

²¹⁸ Tribe, H. Laurence, *American Constitutional Law*, cit., p. 9.

²¹⁹ Holmes, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., p. 176-216. La interpretación conforme a la interpretación del constituyente es sólo uno de los métodos interpretativos, es, de hecho, el más radical y conservador de ellos. Robert Bork es el máximo representante del originalismo. La mayoría de los tratadistas, incluyendo al propio Tribe, son más medidos en sus posiciones acerca de la interpretación constitucional. Cabe señalar que Robert Bork critica la institución de la *judicial review* y pugna por una interpretación

Para Waldron no hay razones morales para asumir compromiso alguno con el atrincheramiento de los derechos y para rechazar el control judicial de constitucionalidad, pues eso sería negar el reconocimiento de la autonomía moral de las personas. Para él, la regla de la mayoría es el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso de los derechos individuales como de participación política.²²⁰

Para Waldron, los filósofos políticos liberales deben ser los primeros en dudar de la oportunidad de canonizar esos derechos si eso supone expulsar del debate político aspectos básicos de la regulación de la convivencia. Lo anterior se relaciona con las discusiones que en Estados Unidos tienen lugar entre los que llaman liberales y republicanos: los liberales evocan el peligro de una tiranía de la mayoría y postulan el primado de unos derechos del nombre que garantizan las libertades “prepolíticas” del individuo y trazan límites a la voluntad soberana del legislador. Para los defensores de un humanismo republicano, la voluntad de un colectivo no puede reconocer nada que no responda a su propio proyecto de vida.

Habermas explica lo anterior señalando:

...según la concepción liberal los derechos del hombre se imponen a la consideración moral como algo dado, anclado en un ficticio estado de naturaleza, conforme a la concepción republicana la voluntad ético política de un colectivo que decide él mismo lo que quiere ser, no puede reconocer nada que no responda a su propio proyecto de vida, asumido en autenticidad.²²¹

Por lo que existen fuertes tensiones “entre la positividad del derecho y la legitimidad que ese derecho reclama para sí”.²²²

conforme a la intención original. Véase, por ejemplo: Bork, Robert, *Tempting of América: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Free Press, 1990; Bork, Robert, “The Constitution, Original Intent, and Economic Right”, *San Diego Law Review*, vol. 23, 1996, p. 823-832. Las críticas a la interpretación conforme a la intención del constituyente son abundantes. Véase, por ejemplo, Posner, Richard A., “Bork and Beethoven”, *Stanford Law Review*, vol. 42, 1989-1990, pp. 1365-1382; Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre...”, *cit.*, pp. 137-153.

²²⁰ Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *cit.*, p. 235.

²²¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 165.

²²² *Ibidem*, p. 160.

No obstante, debemos recordar que la democracia y la regla de la mayoría no tienen por qué ser la misma cosa. Bobbio nos recuerda que pueden existir sistemas políticos no democráticos donde impere la regla de la mayoría “tanto elecciones del órgano decisonal supremo como en la toma de decisiones de gran importancia”; por otra parte, “hay determinaciones colectivas en los sistemas democráticos que no se toman con base en la regla de la mayoría, sin que por ello estos sistemas dejen de ser democráticos”.²²³

8. Soluciones a la dificultad contramayoritaria

Recordemos que una de las principales objeciones a la potestad del juez constitucional para decidir en contra del mandato del legislativo se basa en la supuesta falta de legitimidad democrática. En las páginas siguientes analizaremos las formas en las que esta objeción puede ser resuelta. La forma en la que la dificultad contramayoritaria se solucione tendrá una incidencia directa en nuestra propuesta de cómo debe abordar la Corte los casos relacionados con las *affirmative action*. Se han propuesto tres formas para resolver el dilema contramayoritario. La primera consiste en subordinar el control de constitucionalidad a los valores democráticos, al “*ethos* democrático”. La segunda establece que la subordinación de la democracia a ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución legitimaría el sistema contramayoritario. Ackerman le denomina “fundamentalismo de los derechos”. La tercera, el dualismo democrático, se basa en la conveniencia de los precompromisos colectivos. Esto sería una forma de frenar el poder de las mayorías. Sin embargo, según esta teoría, los precompromisos sólo pueden ser efectivos cuando las circunstancias que los inspiraron no hayan cambiado de forma radical. Ésa es la diferencia con los fundamentalistas, pues para estos últimos el texto constitucional es la fuente de estos derechos; en cambio, para los seguidores del dualismo democrático pueden existir diferentes momentos constitucionales sin que necesariamente exista un poder constituyente o una reforma constitucional.²²⁴ Nos ocuparemos de estas tres propuestas en las páginas siguientes.

²²³ Fernández Santillán, José Francisco (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política (antología)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 254.

²²⁴ Sigo la clasificación hecha por Gabriela Alonso en la introducción a la obra de Ackerman: Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal...*, cit., pp. 9-45. Véase la

A. El ethos democrático de John Hart Ely

La forma de resolver el dilema contramayoritario de Ely parte de la suposición de que antes de los derechos fundamentales se encuentran los valores democráticos. La aportación de la teoría de Ely al derecho constitucional es muy importante; a través de su libro *Democracia y desconfianza*, publicado en 1980,²²⁵ el que fuera profesor de la Universidad de

clasificación que hace Rosenkrantz en Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos F., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, cit., pp. 171 y ss.

²²⁵ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit. Por este libro se le otorgó el premio *Order of Coif*, que se adjudica cada tres años a la obra más sobresaliente publicada en cualquiera de las ramas del derecho, y que compartió con el profesor Jesse Choper. La teoría de Ely es tan importante que todo estudio sobre la *judicial review* o sobre la interpretación constitucional que se pretenda completo debe repasar sus ideas más importantes. No es gratuito que *Democracia y desconfianza* sea uno de los libros jurídicos más citados en la historia reciente de los Estados Unidos. Shapiro, Fred R., “The most-cited Legal Books Publisher since 1978”, *Journal Legal Studies*, vol. 29, 2000, pp. 397-401, y Regnier, Thomas, “The Legacy of John Hart Ely: A Giant in the Classroom as Well”, *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003-2004, p. 981. Para Earl Maltz, la teoría de Ely cambió dramáticamente el debate constitucional, pues en la década de los setenta del siglo XX, algunos autores sostienen que los jueces se encuentran en una situación que les permite dar fuerza constitucional a los valores morales fundamentales. Eso es precisamente lo que critica Ely en *Democracia y desconfianza*. Maltz, Earl M., “The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue”, *Constitutional Commentary*, vol. 5, 1988, p. 375. Sobre *Democracia y desconfianza* véase, Richards, David A. J., “Moral Philosophy and Search for Fundamental Values in Constitutional Law”, *Ohio State Law Journal*, vol. 42, 1981, pp. 319-333. En español pueden encontrarse referencias y análisis a la obra de Ely en Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, cit., p. 485; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, p. 210; Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989, p. 104; Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, p. 101; Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, cit., pp. 137-153; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 55 y ss.; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., pp. 328 y ss.; Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno...”, cit., pp. 148 y ss.; Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., p. 124. La obra de Choper a la que nos referimos es *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980. Choper supone que la Corte es libre de establecer estándares de acción, y propone uno concreto basado en consideraciones políticas generales: el *judicial review* sólo debe ejercitarse cuando se supone que el proceso político mayoritario no puede defender los intereses en juego, lo

Stanford, propone que los jueces constitucionales ejerzan su poder guiados por tres propósitos: vigilar el proceso de representación política al estilo de un árbitro, mantener despejados los canales de cambio político, y favorecer la representación de las minorías.²²⁶

Parece evidente, señala Ely, que el gobierno acorde con el consentimiento de las mayorías de los gobernados es el núcleo del sistema de gobierno norteamericano, pues la sociedad ha aceptado desde un comienzo y de manera casi instintiva la democracia representativa.²²⁷ No obstante, la mayoría que dispone de un poder sin trabas para establecer la política gubernamental se encuentra en una posición en la cual puede adjudicarse beneficios a expensas de la minoría restante, aun cuando no haga diferencia significativa entre los grupos.²²⁸

La *judicial review*, según nuestro autor, es necesaria para salvaguardar los derechos de las minorías. A su vez, el principio democrático es sobre el que se ha formado el gobierno de los Estados Unidos. Esta tensión entre protección de las minorías y la regla de la mayoría es la que pretende resolver Ely con su concepción de una Constitución de “derechos procedimentales”.

Según la cláusula del debido proceso, que se encuentra en la enmienda XIV de la Constitución norteamericana, ningún Estado puede “privar a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”. Para Ely, esta cláusula es interpretada erróneamente, pues antes de que pueda determinarse si alguien tiene derecho al “debido proceso” y, por consiguiente, antes de que pueda determinarse qué proceso es “debido”, debe demostrarse que ha sido privado de un “interés de libertad” o, quizá, de un “interés de propiedad”.²²⁹

cual lo limitaría al área de las libertades públicas. Para él, la *judicial review* es una institución frágil. La crítica a la obra de Choper es que no entra a la discusión de cómo ha de ejercitarse la *judicial review*; cuestión que en realidad constituye el problema central del proceso de interpretación. Tampoco fundamenta ese papel en la Constitución. Sobre esta crítica a la obra de Choper véase Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 529, nota 17.

²²⁶ Estos tres puntos son descritos por Ely en los capítulos IV, V y VI, que titula: “La vigilancia del proceso de representación: la Corte como árbitro”, “El despeje de los canales del cambio político” y “Cómo facilitar la representación de las minorías”, respectivamente.

²²⁷ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 19-27.

²²⁸ *Ibidem*, p. 26.

²²⁹ *Ibidem*, p. 37.

Según Ely, la falsa interpretación de dicha cláusula tiene sus orígenes en la reacción a las sentencias del periodo *Lochner* —en alusión a la sentencia *Lochner vs. New Cork*—. ²³⁰ Para justificar los fallos en la era *Lochner*, la Corte consideró como fundamental el derecho de propiedad, sosteniendo que algunos derechos eran “atributos esenciales de la libertad”, que deben prevalecer ante las declaraciones del poder político, e incluso ante las decisiones democráticas emanadas del Poder Legislativo. ²³¹ La sentencia *Lochner* se ha convertido en un ejemplo de lo que no se debe hacer: su “espectro” sigue pesando en las decisiones de la Corte —señala Sunstein—, ²³² por lo que existe una gran resistencia a expandir o redefinir la categoría de derechos que deben ser considerados como fundamentales.

Para la Corte de la era *Lochner*, un debido proceso tenía que proteger los derechos sustantivos que ellos consideraban importantes. En cambio, después de *Lochner* se desprecia toda intromisión de la Corte respecto a derechos sustantivos. Aquellos que considerados interpretativistas aducen —con verdad, según Ely— que nada en la Constitución le otorgaba ese poder al juez constitucional; sin embargo, la verdadera razón que debe motivarnos a considerar la era *Lochner* como un error es el hecho de que se llevó a la Corte a discutir cuestiones de derechos sustantivos a los que la Constitución no otorga respuestas. Para Ely, la Corte debe proteger la constitucionalidad del procedimiento, es decir, vigilar que en los procesos de toma de decisiones estén representados todos, así como fiscalizar que el proceso político se desarrolle de acuerdo con un ideal representativo. ²³³

La lógica de Ely parece irrefutable: si en la era *Lochner* —sentencia que ahora se considera un error de la Corte— los jueces usan derechos

²³⁰ *Lochner* 198 U. S. 45, de 1905. La sentencia declara inconstitucional una ley que establecía jornadas máximas de trabajo. La Corte considera a la libertad contractual como una forma de propiedad inviolable. En el capítulo II analizamos con más detenimiento los pormenores de la sentencia *Lochner*.

²³¹ Cloud, Morgan, “The Fourth Amendment Era: Privacy, Property, and Liberty in Constitutional Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 49, 1995-1996, pp. 558 y ss.

²³² Sunstein, Cass R., “Lochner Legacy”, *Columbia Law Review*, vol. 87, núm. 5, p. 873. Véase también Horwitz, Morton, “Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought”, *William and Mary Law Review*, vol. 29, 1987-1988, pp. 57-74.

²³³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 97 y ss.; Estreicher, Samuel, “Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely’s Role for the Supreme Court in the Constitution’s open Texture”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981, pp. 547-582; Boynton, Brian, “Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely’s Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000”, cit., p. 397.

sustantivos para fundamentar sus fallos, parece fácil inferir que simplemente aquellos jueces se equivocaban: la Corte no puede imponer su propia ideología, no debe usar el debido proceso sustantivo (*substantive due process*). Ely advierte que los críticos de la sentencia *Lochner* son conscientes de esto; sin embargo, existen otras sentencias, también basadas en un supuesto derecho sustantivo que, al contrario de *Lochner*, son consideradas laudables por los mismos progresistas; entonces, ¿cuál es la diferencia entre *Lochner* y, por ejemplo, *Roe vs. Waden*?²³⁴ ¿cómo justificar el activismo de la Corte sin miedo a que se repitan las sentencias “formalistas” tipo *Lochner*? El miedo de Ely es enfrentarse a una discusión metajurídica; por eso resuelve negando la posibilidad de que el juez conozca sobre derechos sustantivos.

Para Ely, la Constitución original estaba dedicada a los problemas de proceso y estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos. Lo que sugiere es que los derechos a proteger no fueron los derechos sustantivos que considera escasos, sino aquellos procesos y estructuras diseñadas para la toma de decisiones en los diferentes niveles. Para él, las cuestiones sustantivas son sumamente controvertidas, mientras que las relativas a los derechos de participación política no lo son tanto. La idea de una Constitución procedimental provoca que Ely concluya que el control constitucional debe implicar una labor de eliminación de las obstrucciones en el proceso democrático, donde la negación del voto sería la obstrucción por antonomasia.

Los ideales republicanos sobre los que se construyeron las instituciones de los Estados Unidos buscaban que los representantes gobernaran en el interés de todo el “pueblo”; sin embargo, en la teoría política y social de esa época existía una suposición, según la cual el “pueblo” sería un grupo homogéneo cuyos intereses no varían significativamente.²³⁵

Nada más falso que la suposición anterior: las sociedades cada vez son más heterogéneas; en ellas conviven diferentes grupos con realidades distintas que con poca frecuencia se ponen de acuerdo. Uno de los primeros ataques que sufren las minorías es la exclusión de los procesos políticos,

²³⁴ 410 U. S. 113 (1973). En esta sentencia se reconoce el derecho de las mujeres a abortar. El asunto fue estudiado bajo un escrutinio estricto, ya que el derecho amenazado es explícitamente reconocido por la Constitución como fundamental: el derecho a la libertad personal y a la privacidad.

²³⁵ Para fundamentar esto, Ely cita a Katz, “Tomas Jefferson and the Right to Property in the Revolutionary America”, *J. L. And Econ.*, vol. 19, 1976, pp. 467, 481, 482.

que puede darse en diferentes niveles, desde el derecho al voto a la exclusión de las posiciones de poder, por lo que se hace indispensable un Poder Judicial consciente de las realidades sociales. El Poder Judicial debe ser capaz de frenar aquellas decisiones perniciosas que pretenden descalificar a las minorías de las luchas de la real política entre grupos.²³⁶

De esta forma, la teoría de la representación “debería ser extendida de manera que asegurara no sólo que el representante no separará sus intereses de aquellos de la mayoría de sus electores, sino también que no se separarán los intereses de una coalición mayoritaria de aquellos de las diferentes minorías”.²³⁷ La cláusula XIV es, para Ely, la encarnación más dramática de este ideal de la Constitución, por lo que parece lógico pensar que será el juez constitucional el encargado de proteger los intereses de las minorías, y su intervención sería apropiada cuando los procesos de representación existentes parecen ser poco adecuados para representar los intereses minoritarios.²³⁸

El caso más claro de obstrucciones del proceso democrático es la negación del voto: la consecuencia inmediata de negarle este derecho a ciertos grupos será la baja influencia de éstos en la toma de decisiones del gobierno. De ahí que Ely establezca que la Corte debe proteger los intereses de aquellos que están representados deficientemente: “desbloquear las obstrucciones al proceso democrático es de lo que debería ocuparse primordialmente el control judicial, y la negación del sufragio parecería ser la obstrucción por excelencia”.²³⁹

No hay que olvidar que la Constitución norteamericana fue concebida por un pequeño grupo de personas que detentaban el poder de su época; oligarquía que excluía a mujeres, negros y, en general, a todo grupo minoritario. Por tanto, parece evidente que estos grupos carecían de voz en los procesos de toma de decisiones legislativas posteriores a la promulgación de la Constitución.

²³⁶ Un trabajo por demás ilustrativo de lo que aquí se expone lo encontramos en Riesman, “Democracy and Defamation: Control of Group Libel”, *Columbia Law Review*, vol. 42, 1942, pp. 727-754.

²³⁷ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 107; Linzer, Piter, “The Caroline Products Footnote and Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Fiske Stone”, *Constitutional Comentario*, vol. 12, 1995, pp. 277-303.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 102-107.

²³⁹ *Ibidem*, p. 146.

La enmienda XIV no hace más que comenzar el proceso de igualación de derechos, pues el reconocimiento de los derechos de las minorías ha sido gradual: del reconocimiento de la igualdad formal a la búsqueda de una igualdad sustancial. Es aquí donde la representación política juega un papel fundamental: el concepto de democracia incluye siempre la idea de participación.

Es importante destacar que el derecho al voto no se encuentra expresamente protegido por la Constitución norteamericana, y en el proceso de reconocimiento la Corte Suprema ha tenido un papel fundamental. La exclusión de determinados grupos no puede estar en manos de quienes detentan el poder, e incumbe a los tribunales asegurarse de que a nadie se le niegue el derecho al voto sin razón convincente. De ahí que el derecho al voto debe estar especialmente protegido.²⁴⁰

Al parecer, lo de la teoría de Ely es la propuesta de participación que incluye a la sociedad en su conjunto, ya que las leyes implícitamente desiguales de grupos a los que debería de tratar igual las entiende como resultado de un proceso político perturbado en sus condiciones procedimentales democráticas. Como vemos, las normas mayoritarias para Ely no son, por ese hecho, respetuosas de los derechos de las minorías. Por lo que sus ideas nos sitúan de nuevo en el punto de partida: ¿qué sistema ha de seguirse para encontrar un respeto de los derechos de los grupos minoritarios? El profesor nos señala una salida digna de tomarse en cuenta. Para él, el control abstracto de las normas ha de referirse ante todo a las condiciones del génesis democrático de las leyes, pues la desconfianza liberal contra las mayorías tiene un origen procedimental.

Lo que sugiere Ely es que de respetarse el procedimiento democrático estaría garantizado el respeto de los derechos de las minorías, por lo que debe existir un efectivo reconocimiento de los derechos de participación. De esta forma, todos los grupos podrán participar en deliberaciones par-

²⁴⁰ Una de las primeras sentencias que protegió este derecho fue *Carrington vs. Rash*, 380 U. S. 89 (1965), donde la Corte invalidó una ley de Texas que negaba el sufragio a quienes se habían trasladado a este estado durante el servicio militar. Pero no fue hasta *Harper vs. Virginia Board of elections Commissioners*, 383 U. S. 663 (1966), cuando se reconoce este derecho a todos los ciudadanos, declarándose inconstitucional una norma del estado de Virginia que establecía como requisito el pago de un impuesto para participar en las elecciones. A criterio de la Corte se establecía una “odiosa discriminación” entre ricos y pobres. El estatus económico es una “clasificación sospechosa”, y no resulta racional que el ejercicio del derecho a votar se condicione a la existencia de ciertos ingresos. Se establece así, la obligación del estado de velar por el igual derecho al voto.

lamentarias, para ser tomados en cuenta al motivar las leyes que se discuten y aprueban: deben existir las mismas oportunidades para las minorías que técnicamente están representadas, pero efectivamente excluidas.

Para Ely, el verdadero sustento por el que debe estar protegido el derecho al voto no es que las medidas que lo restrinjan sean irracionales; utilizar la racionalidad en el lenguaje judicial resulta una “hipérbole”, pues en ocasiones estas medidas pueden parecer perfectamente justificadas:²⁴¹ el verdadero problema es que los grupos a los que se les niega el derecho al voto están siendo excluidos de los procesos decisorios por una razón insuficiente. Las discusiones acerca de la democracia incluyen invariablemente la igualdad política, o el principio de que el voto de cada persona debe tener igual valor.²⁴²

Para Ely, es indispensable un papel activo del juez constitucional cuando la ley restringe la representación política, es decir, la libertad de expresión, la de asociación y el derecho al voto, y cuando la ley afecta a las minorías diferenciadas y aisladas:²⁴³ los derechos procedimentales garantizan que los intereses de determinados grupos no se vean perjudicados por normas producto de prejuicios en su contra. Por lo que el juez, al enfrentarse con normas poco favorables a dichos grupos, debe sospechar que son el resultado de procesos políticos que no tuvieron en cuenta por igual los intereses de todos.²⁴⁴

Por lo que la intervención estatal a través de los tribunales estaría justificada por la protección de ataques provocados por la intolerancia asociada con la xenofobia o el racismo. Como vimos, uno de los primeros ataques que sufren las minorías es la exclusión de los procesos políticos, el derecho al voto en sus dos aspectos: derecho a votar y a ser votado (este último derecho que representa una exclusión de las posiciones de poder),

²⁴¹ Podría parecer perfectamente racional, por ejemplo, negar el derecho al sufragio de los militares, pues su voto podría influir en las elecciones terminando por dominar la política de un pueblo. Estas fueron precisamente las alegaciones del estado de Texas al asunto *Carrington vs. Rash*, 380 U. S. (1965).

²⁴² Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 152.

²⁴³ Ely fundamenta esto en las ideas activistas de la Corte Warren, aunque recuerda que la especial protección a ciertas minorías fue introducida por la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.* 304 U. S., posteriormente analizaremos la sentencia *Caroline* en este trabajo.

²⁴⁴ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, cit., p. 167 y ss. Sobre esto véase también Popov, Olga, “Towards a Theory of Underclass Review”, *Stanford Law Review*, vol. 43, 1990-1991, pp. 1095-1132.

es por eso indispensable un Poder Judicial consciente de las realidades sociales.

Una revisión de la historia reciente nos ayudaría a sustentar ese temor del cual nos protegeríamos mediante un órgano capaz de frenar aquellas decisiones que podrían parecer perniciosas para las minorías —a las que Cover no duda en calificar como cabezas de turco o *scapegoats* de las luchas de la real política entre otros grupos—. ²⁴⁵ Lucha que se caracteriza por la dominación de la clase mayoritaria y por la “manipulación de masas” que acarrea no sólo la baja representación de determinados grupos, sino la perversión de los propósitos políticos.

Aunque las ideas de Ely son de gran valía, nos preguntamos si haciendo cumplir los derechos procedimentales se resuelven los problemas relacionados con las minorías, como la discriminación social en su contra. Cumplidas plenamente las reglas políticas ¿debemos confiar en que las normas que menoscaban derechos dejarán de presentarse? Otra pregunta que habrá que contestar es si es cierto que la Constitución de los Estados Unidos no establece derechos sustantivos. Juan Carlos Bayón se cuestiona lo siguiente:

¿Es correcta la idea de que los límites que marca la Constitución son esencialmente procedimentales, no sustantivos, y que, por lo tanto, siempre que se sigan los procedimientos constitucionales cualquier resultado al que se llegue es válido, con la única condición de que dicho resultado sea coherente con el mantenimiento del procedimiento mismo?²⁴⁶

Para Ferreres Comella, la defensa procedimental de la Constitución carece de fuerza,²⁴⁷ y considera, como lo apuntó en su momento Tribe,²⁴⁸ que es falso que los derechos sustantivos en la Constitución sean escasos, así como que las cuestiones sustantivas sean más controvertidas. Ely justifica de esta forma la labor activa del juez constitucional, aunque condena la intromisión de la moral en sus decisiones, pues aquél sólo

²⁴⁵ Un trabajo por demás ilustrativo de lo que aquí se expone lo encontramos en Riesman, “Democracy and Defamation: Control of Group Libel”, *cit.*

²⁴⁶ Bayón Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre...”, *cit.*, p. 146.

²⁴⁷ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional...*, *cit.*, pp. 65 y 66.

²⁴⁸ Tribe, Laurence H., “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, pp. 1063 y ss.; Tushnet, Mark, “Darkness on the Edge of Town: The Contribution of John Hart Ely to Constitutional Theory”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 6, 1979-1980, pp. 1045 y ss.

puede basar sus determinaciones en principios democráticos, pero ¿es esto posible? De la teoría de Ely surge una pregunta inevitable: ¿de dónde surgen aquellos principios democráticos? Para Habermas, la única autoridad a la que puede apelar el juez constitucional para buscar esos principios democráticos es a la soberanía popular,²⁴⁹ lo que lleva a la teoría de Ely a caer en una encrucijada, ya que la soberanía popular, según Habermas, se encuentra en una relación de competencia con los derechos fundamentales, y, por ende, con los derechos de los grupos minoritarios.

Para Stephen Holmes, la teoría de Ely es reduccionista:

La Constitución no es sólo un documento de procedimiento que guarde silencio acerca de todas las cuestiones sustantivas... Ely tiene razón al objetar a los jueces que, amparándose en el pretexto de la razón, el derecho natural²⁵⁰ o el modelo americano, en realidad basan sus decisiones en normas

²⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Factividad y validez...*, cit., p. 312.

²⁵⁰ En los Estados Unidos, el fundamento en el derecho natural tiene sus raíces en la sentencia dictada por el magistrado Chase, *Calder vs. Bull*, 3 U. S. 386 (1798), que analizaba la constitucionalidad de una ley de Connecticut que desconocía un decreto judicial y concedía un nuevo juicio. Según la opinión del magistrado Samuel Chase, “Un acto legislativo (pues no puedo llamarlo una ley) contrario a los grandes principios fundamentales del pacto social, no puede ser considerado como un ejercicio legítimo de la autoridad legislativa”. *Ibidem*, p. 388. Chase cree en el dogma del contrato social: “The purpose for which men enter into society will determine the nature and terms of social contract”. *Idem*. Como él mismo explica, el propósito del contrato social es establecer un sistema justo de gobierno para los miembros de la sociedad. El propósito de la Constitución —señala Chase— es abarcar los términos de ese contrato social: “The people of the United States erected their Constitution, or form of government, to establish justice, to promote the general welfare, to secure the blessing of liberty; and to protect their persons and property from violence”. *Idem*. Así, el último propósito de la Constitución es también el último propósito del contrato social. El magistrado está ante una situación en la que el texto constitucional guarda silencio; una situación injusta para la que la Constitución no tiene respuesta. En vez de asumir que el Poder Legislativo está facultado para hacer todo aquello que la Constitución no prohíbe expresamente, Chase arguye que se debe asumir que el legislador tiene prohibido hacer cualquier cosa que sea contraria al propósito fundamental de la Constitución: “It is against all reason and justice, for a people to in trust a legislature with, [certain] powers; and, therefore, it can not be presumed that they have done it”. *Idem*. Si el propósito más básico de la Constitución, según él, es asegurar un sistema de gobierno justo, la legislación, que es flagrantemente injusta, debe ser considerada inconstitucional”. *Ibidem*, Iredell, otro magistrado en el caso *Calder*, considera, en cambio, que el poder de la *judicial review* sólo debe ser usado cuando el texto de la Constitución es tan claro que no haya duda de que la legislación es inconstitucional: “The Court never resort to that authority, but in clear and urgent case”. *Ibidem*, 399. *Cfr.* Foley, Edward B., “The Bicentennial of *Calder vs. Bull*: In Defence of a Democratic Middle Ground”, *Ohio State Law Journal*, vol. 59, 1998, pp. 1599-1632. La opi-

subjetivas, que se ocultan prudentemente tras un lenguaje confuso. Pero se equivoca al sugerir que ha resuelto este problema perenne.²⁵¹

Más bien parece que nadie lo ha hecho; sin embargo, sostener que las decisiones judiciales “discrecionales” deben estar sustentadas en derechos sustantivos aunque éstos no se encuentren expresamente establecidos en el texto constitucional no parece del todo satisfactoria, ¿qué valores deben primar: los del juez, los de la sociedad?

En la teoría de Ely se defiende la tesis de una Constitución que contiene sólo derechos adjetivos o procedimentales. Este sistema de interpretación es autorreferente, en virtud de que considera como única fuente de derechos a la Constitución. Se enfrenta así a un problema de justicia que no es fácil de superar.

¿No es la propia teoría de la representación una especie de valor fundamental? Parece que sí, lo que acabaría siendo una contradicción en la premisa más importante de Ely. La elección de los valores procesales en vez de los sustantivos termina pareciendo vacua. No obstante, la teoría de Ely relacionada con las presunciones constitucionales que toma de la sentencia *Carolane* es aceptada casi con unanimidad por los tratadistas. En ella se encuentra el valor y lo genial de su propuesta. En el capítulo segundo abordaremos esto a profundidad.

B. *El fundamentalismo de los derechos de Ronald Dworkin*

Los “fundamentalistas”, como les llama Ackerman,²⁵² sostienen que existen determinados derechos que no deben ser tocados por el pueblo: el principio democrático no es el único principio bajo el cual debemos

nión contraria es sostenida por Ely. Para él, la disertación de Chase fue sólo de índole filosófica: “No le agradaba ley en cuestión, esto lo afirmo con claridad, pero en nuestro sistema, el único derecho natural aplicable por los tribunales es aquel que aparece en el documento; por esta razón, lo único que debemos decidir —señala Chase— es el significado de la prohibición de leyes *e post facto*”. Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, *cit.*, p. 241, nota 41.

²⁵¹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia...”, *cit.*, p. 220, nota 9.

²⁵² Ackerman, Bruce A., “Constitutional Politics/Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989-1990, p. 465; Ackerman, Bruce A. y Rosenkrantz, Carlos F., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *cit.* Ackerman fue alumno en Harvard de Rawls, más tarde se incorporó a la universidad de Yale, donde conoció a Alexander Bickel, Robert Bork y a Dworkin. Resenkrantz, Carlos, “Entrevista a Bruce Ackerman”, *cit.*, p. 515.

diseñar las instituciones del Estado, ya que existe otro principio a tomar en cuenta: la defensa de los derechos fundamentales, y que deben ser protegidos incluso ante las decisiones mayoritarias.²⁵³ Lo paradójico es que esta idea es compartida por conservadores y liberales. Rosenkrantz da el ejemplo de Epstein,²⁵⁴ que enfatiza el rol fundamental del derecho de propiedad, o el de Carlos Santiago Nino,²⁵⁵ liberal que enfatiza el derecho a ser tratados como agentes morales iguales y autónomos; finalmente, colectivistas como Owen Fiss,²⁵⁶ que enfatizan el derecho de los grupos más desfavorecidos a ser tratados con especial consideración.

La característica del fundamentalismo, según Ackerman, sería que encuentra su fuente de inspiración en las doctrinas filosóficas de Manuel Kant, vía John Rawls,²⁵⁷ y en Locke, vía Nozick.²⁵⁸ Los fundamentalistas, según Ackerman, tratan de justificar las decisiones contramayoritarias de la Corte por la condición de imparcialidad de sus miembros. Este argu-

²⁵³ Para algunos tratadistas el argumento que valida la labor del juez como defensor de los derechos fundamentales aun en contra de las decisiones mayoritarias no es totalmente convincente. Francisco Rubio Llorente señala que "...la desconfianza al legislador, no puede llevar a sustituir ese poder por el también ilimitado, de un juez que crea libremente derecho con pretexto de la Constitución". Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, cit., p. 580. Víctor Ferreres señala que la protección de los derechos individuales no significa que la "objeción democrática sea irrelevante como punto de partida de la discusión". Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 46 y ss. De la lectura de la tesis de Pablo de Lora se intuye una posición más radical, siguiendo a Jeremy Waldron, señala que la objeción democrática es muy fuerte, por lo que el juez debe tratar al legislador con mucha deferencia. Lo que defiende es un "thayerianismo fuerte". Lora Deltoro, Pablo de, "La posibilidad del constitucional thayeriano", *Doxa*, núm. 23, p. 66; id., *La interpretación originalista de la Constitución...*, cit., pp. 74 y ss.

²⁵⁴ Epstein, R., *Taking: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

²⁵⁵ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1989.

²⁵⁶ Fiss, Owen M., "The Supreme Court, 1978, Term-Foreword: The form of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979.

²⁵⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985; id., *El liberalismo político*, cit.

²⁵⁸ Para Locke, como para Nozick, la igualdad formal de oportunidades tolera las desigualdades que son causadas por las diferencias en las condiciones sociales y los talentos naturales. Rosenfeld, Michel, "Substantive Equality and Equal Opportunity: A Jurisprudential Appraisal", *Cal. Law Review*, vol. 74, 1986, p. 1697, Nozick y Rawls son considerados los pensadores contemporáneos más importantes de la filosofía política actual; sin embargo sus teorías están encontradas. Véase Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990. Para el contraste de las teorías de Rawls y Nozick: Corlett, J. Angelo (ed.), *Equality and Liberty. Analyzing Rawls and Nozick*, Reino Unido, Palgrave MacMillan, 2003.

mento justifica la labor de la Corte señalando su pericia en la labor interpretativa del derecho y por la constricción que supone tener que motivar sus resoluciones.²⁵⁹ Un argumento que los críticos han denominado elitista.

La defensa de los derechos que hace Dworkin en su extensa obra es bien conocida en España; sin embargo, no está de más repasar los rasgos más importantes de la propuesta del profesor de Oxford. Para él, los derechos son “triumfos” frente a la mayoría, especialmente el derecho a la igual consideración y respeto. La obra de Dworkin es una gran apología de los derechos morales del ciudadano. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez según el positivismo tendrá “discreción” para deducir en uno u otro sentido.²⁶⁰

Dworkin propone un nuevo modelo de la función judicial diferente al silogístico,²⁶¹ al realista y al positivista. Su modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. Dworkin establece que las cuestiones constitucionales tienen una sola respuesta correcta.²⁶² Las ventajas del modelo de Dworkin, explica Calsamiglia,²⁶³ son: 1) evita que

²⁵⁹ Para Morton White, los padres fundadores del sistema representativo en Estados Unidos tenían una postura epistemológica elitista al considerarse descubridores del interés público. En su opinión: “Sólo aquellos que se elevasen por encima de la ambición, los sesgos, los prejuicios, los intereses parciales e inmediatos del hombre común iban a estar en condiciones de descubrir los verdaderos intereses de la comunidad”. Véase White, Morton, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford, 1987, p. 216. Citado por Gargarella, Roberto, “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina”. En línea: www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Democracia_deliberativa_gargarella.htm, se accedió a la página el 28 de octubre de 2003. Sobre los orígenes filosófico-políticos de la posición elitista en Estados Unidos véase Chemerinski, Erwin, *Interpreting the Constitution*, Nueva York, Praeger, 1987, pp. 86-95.

²⁶⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 146.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

²⁶² Recordemos que para Dworkin es posible encontrar para cada caso una sola decisión correcta. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 177. Para Cárdenas Gracia “no debemos aspirar a jueces ideales, jueces Hércules, pero si preguntarnos si los actuales cumplen las exigencias que la sociedad demanda”. Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 104 y 105. Para Ronaldo Porto, confiar en que el juez encontrará el buen derecho es una ingenuidad; Porto Macedo Junior, Ronaldo, “Privacidad, mercado e información”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 6, enero-junio de 2002, p. 149.

²⁶³ Prólogo a *Los derechos en serio*, cit., pp. 20 y 21.

el juez se constituya como legislador: el Poder Judicial tiene como función garantizar derechos preestablecidos; 2) la tesis de Dworkin es compatible con el postulado de la separación de poderes, puesto que el juez está subordinado a la ley y al derecho; 3) el modelo de la respuesta correcta rechaza la teoría del silogismo, pero acepta su principio político básico: el juez no tiene ni puede tener poder político; 4) en casos difíciles los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas. Los casos difíciles se resuelven basándose en los principios que fundamentan el derecho.

Un tema básico en la teoría de Dworkin es la distinción entre principios, normas y derechos. El caso *Riggs vs. Palmer* es usado por Dworkin para distinguir los principios de las normas. En el caso *Palmer*, la Corte tuvo que decidir si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo. Con este asunto pretende probar que en ocasiones el juez resuelve los asuntos basándose en principios más que en derechos.²⁶⁴

Dos fundamentos jurídicos abogaban por la entrega al homicida: la fuerza obligatoria de los testamentos —norma establecida en la ley testamentaria— y el principio de derecho que señala que los tribunales de lo civil no pueden agregar nuevas penas a los delitos. Los dos principios llevados al extremo lógico nos hacen suponer en qué sentido iría la sentencia del juez. No obstante, la resolución del juez cita un principio más general, y cuyas raíces se encuentran adheridas a sentimientos de justicia:²⁶⁵ “A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”.²⁶⁶ El homicida no recibió la herencia. Pero ¿por qué escogió el juez este principio? En su momento Benjamín Cardozo también analizó esta sentencia. Para él, la respuesta de la Corte se basó en el interés social de no permitir que el criminal lucre con su crimen, pues es más fuerte que el interés de preservar los derechos de propiedad y la fuerza ejecutoria de los derechos sub-

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 73. El caso *Riggs vs. Palmer* es usado por Cardozo para probar que “un principio o precedente, llevado a sus extremos lógicos, puede señalar una conclusión; otro principio o precedente examinado con igual lógica, puede señalar con idéntica certidumbre otra conclusión”. Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., p. 27.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁶⁶ Citado por Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit. p. 73.

jetivos. Para Cardozo, el juez resuelve de acuerdo con un mero sentimiento de justicia.²⁶⁷

La respuesta de Dworkin es más elaborada. Los jueces cambian la ley y no sólo la interpretación, y lo hacen en virtud de un principio superior que el juez debe descubrir. En el caso de *Palmer*: “nadie puede beneficiarse de su propio delito” sería el derecho descubierto, y la única respuesta correcta.

Cuando no existe norma establecida para resolver el caso, el juez no puede eximirse de resolverlo. ¿El juez estaría obligado a inventar la norma y aplicarla retroactivamente? La respuesta de Dworkin es rotunda: no, el juez no puede hacerlo, pues se convertiría en legislador: “Los jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas”.²⁶⁸ ¿En dónde encuentra el juez el derecho con el que fundamentará su sentencia? Cardozo nos señala que en ocasiones la fuente es obvia: “La norma que se ajusta al caso puede ser suministrada por la Constitución o por la ley. Si es así, el juez no mira más allá. Una vez establecida la correspondencia, su deber es obedecer. La Constitución está por encima de la ley”.²⁶⁹ Cuando no es así, cuando no existe precedente, el juez tendrá que llenar las lagunas de la ley. No obstante, el proceso legislativo no es completamente libre, pues la labor debe estar ligada a principios más generales.

C. Bruce Ackerman y la teoría dualista de la democracia

La tercera vía de resolver el dilema contramayoritario es propuesta por Ackerman, quien considera que las teorías constitucionalistas se basan en una visión monista de la Constitución. La visión “monista” se fundamenta en que la idea del Poder Constituyente como un hecho histórico²⁷⁰ da sustento a la supremacía constitucional, supremacía que se pro-

²⁶⁷ A esto le llama “método filosófico”. La terminología usada por Cardozo es criticada por Carlos Cossio, prologuista de Cardozo, pues llama “método filosófico” al método deductivo. Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., p. XX. Las directrices, por su parte, tendrían como objeto perseguir el bien colectivo. Calsamiglia, Albert, “El concepto de integridad en Dworkin”, *Doxa*, núm. 12, 1992, p. 170.

²⁶⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio...*, cit. p. 147.

²⁶⁹ Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., p. 2.

²⁷⁰ Rosenkrantz, considera a Oliver Wendell Holmes, Alexander Bickel y John Ely, como exponentes del monismo. Todos ellos consideran que el control constitucional es un acto contramayoritario. Ackerman, Bruce A. y Rosenkrantz, Carlos F., “Tres concep-

tege a través de sistemas como el de la rigidez constitucional. Ackerman considera, en cambio, que existen dos momentos en la vida política de toda sociedad; el primero es al que se le denomina constitucional, caracterizado por la búsqueda del bien común donde el pueblo sale de la normalidad y se apropia de la actividad política. Es en esos momentos, relativamente raros, donde las opiniones que los individuos consideran como fundamentales dimanan; los individuos se movilizan creando intensas deliberaciones que conforman un Poder Constituyente.²⁷¹

Esos momentos se consideran los más elevados de la vida política, en contraposición a la política que se desarrolla entre periodos constituyentes y que denomina “ordinarios”, por ser considerados inferiores desde el punto de vista democrático, ya que las diferentes facciones intentan manipular las formas constitucionales de la vida política persiguiendo sus propios y estrechos intereses.²⁷² El profesor de Yale describe las luchas por el poder que se dan al interior del Poder Legislativo guiado por intereses partidistas, por lo que su aportación más importante es la concepción de un poder revisor de la constitucionalidad de las normas como un catalizador de los cambios sociales. Pero ¿qué momentos son considerados constitucionales? Ackerman dice que la mayoría de la sociedad podría imponer restricciones al derecho de participación, por lo que es con-

ciones de la democracia constitucional”, *cit.*, p. 19. Sin embargo, la mayoría de ellos legítima su labor apelando a diferentes argumentos.

²⁷¹ Ackerman, Bruce A., “¿Un neofederalismo?”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, p. 185; Ackerman, Bruce A., “Constitutional politics/Constitutional Law”, *cit.*, pp. 510-515, y Ackerman, Bruce A., *We the People*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, cap. 5.

²⁷² Para Ackerman, a cada una de las facciones le gustaría usar el poder para tiranizar al resto. Ackerman, Bruce A., *¿Un neofederalismo?*, *cit.*, p. 189. Sobre las facciones existe un ensayo muy interesante de Joshua Cohen. Para él, uno de los grandes problemas de la teoría y la práctica democráticas es la explotación de los muchos por los pocos. A ese fenómeno James Madison llamó facción de minoría. Cohen, Joshua y Rogers Joel, “Asociaciones secundarias y gobierno democrático”, *Zona Abierta*, 84 y 85, 1998, p. 3. Los grupos pobres suelen estar subrepresentados, porque los costes de organización son muy altos. Los grupos que son objeto de discriminación tienden a estar subrepresentados porque la hostilidad y los estereotipos dirigidos contra ellos. Cohen sugiere eliminar los obstáculos formales de participación; dicha eliminación puede realizarse mediante estrategias de “acción afirmativa” a favor de los grupos con baja representación. *Cfr. ibidem*, pp. 36 y 37. Para Robert Dahl, una facción “es un número de ciudadanos, ya representen una mayoría, o una minoría del total, que están unidos y actúan bajo un impulso o una pasión común, o por interés, que es contrario a los derechos de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y totales de la comunidad”. Dahl, Robert A., *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika, 1987, p. 25.

veniente que exista un órgano de control judicial de constitucionalidad imparcial como garante del proceso democrático.

Si los derechos fundamentales son producto de aquellos momentos políticos álgidos de la vida de toda sociedad, es en esos momentos, de verdaderas revoluciones políticas, donde el ciudadano se apropia de la actividad política que le era ajena, por lo que muchos derechos quedarían fuera por no ser considerados como relevantes en un momento determinado. Debemos recurrir entonces a un activismo de los jueces como única salida posible a las presiones sociales. Para Ackerman, el juez constitucional legitima su labor interpretativa en la voluntad soberana del pueblo real. Sus argumentos se basan más bien en la idea de que el juez constitucional debe reconocer derechos existentes en una sociedad cambiante, ideas que se nutren de una desconfianza en las decisiones del legislador, que dependen de luchas por el poder y de opiniones mayoritarias determinadas por las emociones.²⁷³ Para Ackerman, es el juez constitucional el órgano que en procesos democráticos “ordinarios” debe garantizar los derechos de la sociedad.

La teoría de Ackerman nos ayuda a superar la objeción democrática derivada de la anulación de normas originadas en un Poder Legislativo. Dar por hecho que existen momentos constitucionales que nos llevarían a entender a los jueces de la era *Lochner*: ellos no se equivocaron al fallar la odiosa sentencia; siguieron un “momento constitucional” anticuado: su error fue no reconocer el momento constituyente que se vivía en la era del *New Deal*. El derecho de propiedad ilimitado había dejado de formar parte del pacto social.

No reconocer lo anterior provocaría que muchos derechos queden relegados por no ser considerados como relevantes en un momento determinado. Las ideas implícitas en las primeras diez enmiendas de la Constitución norteamericana, así como las adoptadas después de la guerra de secesión, obedecen a los principios que afloraban en la sociedad de la época y que ayudaron al desarrollo de aquella nación americana. No obstante, los principios que rigen a toda sociedad, que dan legitimidad a las instituciones de los Estados y dan validez a las normas jurídicas no son inmutables. Sobre esto, Habermas opina: “Una dominación ejercida en

²⁷³ Cfr. *ibidem*, p. 339. Jon Elster, en su obra *Ulises y las sirenas*, compartía la idea de Ackerman; sin embargo, como veremos cambia de opinión en su obra más reciente. Véase Elster, Jon, *Ulises y las sirenas: estudio sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 159.

las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho”.²⁷⁴

Rawls asume como cierto el contenido de la teoría dualista para justificar la labor interpretativa de la Corte Suprema, la cual cuenta con razón pública.²⁷⁵ Vale la pena analizar los argumentos que presenta Rawls a favor de la labor interpretativa de la Corte. Éstos se relacionan con el método que usa aquel máximo tribunal para decidir. Para el que fuera profesor de la Universidad de Harvard, cualquier agente razonable y racional tiene un modo de formular sus planes, de fijar sus fines en un orden de prioridades (una sociedad política, un individuo, una familia o una asociación) y de tomar sus decisiones de acuerdo con ese orden.²⁷⁶ Rawls es consciente de la conveniencia de utilizar diferentes métodos y procedimientos que resulten idóneos para cada corporación, pues cada uno de ellos tendrá diferentes concepciones de sí mismo. De ahí que proponga un procedimiento especial para los razonamientos dentro de una Corte Suprema.

Rawls propone dos tesis: en primer lugar, que “la razón pública resulta muy adecuada para convertirse en razón del tribunal supremo [Corte Suprema] cuando éste desempeña su papel de supremo intérprete jurídico, pero no de intérprete final de la ley suprema; y segunda, que el tribunal supremo es la rama del Estado que sirve como modelo de la razón pública”.²⁷⁷

²⁷⁴ Habermas, Jürgen, *Factividad y validez*, cit., p. 555.

²⁷⁵ Rawls no tarda en aclarar que no entiende por razón no pública a la razón privada, sino razones grupales que estarían dentro del universo de la sociedad civil. En todos esos grupos los modos de razonar serían los mismos: “el concepto de juicio, principios de inferencia y reglas de evidencia, y muchos otros; de lo contrario no serían modos de razonar, sino, si acaso, retórica o medios de persuasión. Nosotros nos ocupamos de la razón, no simplemente del discurso. Un modelo de razonar, pues debe incorporar los conceptos fundamentales y los principios de la razón e incluir estándares de corrección y criterios de justificación. Cierta capacidad para dominar esas ideas es parte de la razón humana común”. Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., p. 255.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 247.

²⁷⁷ Aquí, Rawls se apoya en Agresto, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca, Cornell University Press, 1989. Así como en Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, cit., pp. 176-216, y en Elster, John, *Ulises y las sirenas: estudio sobre racionalidad e irracionalidad*, cit.; id., “Ulises revisitado, compromisos y constitucionalismo”, *Análisis Político*, traducción de Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, núm. 35, pp. 70-96.

Para ilustrar estas tesis menciona cinco principios del constitucionalismo. El primer principio se refiere a la distinción de Locke entre Poder Constituyente del pueblo para establecer un nuevo régimen y el poder ordinario del gobierno, así como del electorado en la política cotidiana. En segundo lugar, distingue entre ley suprema y ley ordinaria. La ley suprema sería la expresión del Poder Constituyente del pueblo, y estaría investida “con la suprema autoridad de la voluntad de Nosotros, el pueblo; mientras que la legislación ordinaria tiene la autoridad y es la expresión del poder ordinario del parlamento y del electorado. La ley suprema vincula y guía al poder ordinario”. En un tercer principio, defendido por Rawls, una Constitución democrática sería la expresión de principios: la aspiración política de un pueblo a gobernarse a sí mismo de una determinada manera. “El objetivo de la razón pública es articular esa aspiración ideal”. Un cuarto principio es el de que la Constitución, con la carta de derechos considerados fundamentales fija determinadas “esencias constitucionales”, como la igualdad de derechos y las libertades básicas. Esto asegurará que las leyes ordinarias son aprobadas a través de determinadas vías por ciudadanos libres e independientes.²⁷⁸ El quinto principio propuesto por Rawls señala que el poder último no puede dejarse al Legislativo ni tampoco a un máximo tribunal (que sólo sería el intérprete máximo de la Constitución). El poder radica en las tres ramas, las cuales se hallan en una relación debidamente definida entre sí y cada una de ellas es responsable ante el pueblo.

Esto se relaciona claramente con lo dicho por Ackerman señalado más arriba. De hecho, Rawls cita el ensayo del profesor de Yale: “Constitutional Politics/Constitutional Law”.²⁷⁹ La Corte Suprema sería una institución encargada de proteger la ley suprema. Las decisiones de la Corte son contramayoritarias, sin embargo, la autoridad “superior del pueblo lo apoya”. La Corte sustentaría sus fallos usando los valores públicos de la razón pública: esos valores “suministran la base interpretativa del tribunal”.²⁸⁰ No puede dejarse guiar sino por lo que ellos piensan que exigen los casos, prácticas y tradiciones constitucionales, así como los textos históricamente significativos. Aquí rechaza que los jueces apelen a la moralidad personal o general. Deben atender, en cambio, a los valores políticos.

La premisa de la que parte Ackerman, como ya vimos, es que los momentos constitucionales son superiores a la política actual. Para él, los

²⁷⁸ Rawls, John, *El liberalismo político...*, cit., p. 267.

²⁷⁹ Ackerman, Bruce A., “Constitutional Politics/Constitutional Law”, cit.

²⁸⁰ Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., p. 269.

procesos revolucionarios son procesos que legitiman el poder. Es en esos momentos cuando la sociedad reacciona y reivindica sus derechos, cuyos titulares son en ocasiones precisamente miembros de grupos minoritarios que han sido tradicionalmente discriminados, excluidos de toda participación política, y que buscan esos momentos violentos para hacerse notar. Si tomáramos como cierta esa premisa, el resto de su tesis parece de una lógica impecable. Sin embargo, advertimos que, lamentablemente, no es más que una ficción, una “hipocresía”, señala Elster. Se supone que los constituyentes no están atrapados por los vicios de los políticos: pasiones impulsivas, pasiones duraderas e intereses privados, y que los fundamentos de la actividad constituyente eran racionales. “Pero esto, una vez más, es pura hipocresía. La idea de que los constituyentes son semidioses legislando para bestias es una ficción”.²⁸¹

Es más, el constituyente no sólo está sujeto a “pasiones”, puede estar motivado por “autointereses”.²⁸² En realidad, las Constituciones tienden a ser redactadas en tiempos de turbulencias y convulsiones, en los que las pasiones tienden a estar desatadas. En los procesos constituyentes existen también pasiones duraderas que incluirían “animosidades nacionales, étnicas y religiosas; compromisos fuertes con la igualdad o la jerarquía; y otras disposiciones emocionales que son ampliamente compartidas y que están profundamente arraigadas en la población”.²⁸³ Y esto es así porque aquellos redactores de la Constitución no están exentos de las animosidades. El ejemplo del autor de *Ulises desatado* es el caso de la Constitución Española de 1931, que contenía severas cláusulas anticleri-

²⁸¹ Elster, Jon, *Ulises desatado*, cit., p. 191.

²⁸² Cuando los constituyentes norteamericanos oponían el interés privado al “interés permanente y agregado de la comunidad”, podía significar dos cosas según Elster: El interés privado a menudo se aproxima a los intereses a corto plazo de un modo distinto a como atiende a los beneficios a largo plazo, o fija la atención en los beneficios individuales o de un grupo de modo distinto a como lo hace respecto a los beneficios de la comunidad como un todo. *Ibidem*, p. 154. En España, Laporta hace eco de las palabras de Elster. “El momento constitucional no es necesariamente, como se ha pretendido, un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general”. Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, cit., p. 463. Para Prieto Sanchís, no es más que una ficción la suposición de que la Constitución es la expresión del pueblo soberano”. Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, cit., p. 16.

²⁸³ Elster, Jon, *Ulises desatado*, cit., p. 176. Las asambleas de Filadelfia y la de París fueron convocadas en un momento de crisis política. Este hecho es importante para entender la naturaleza de los documentos. La Asamblea de París, por ejemplo, tenía los odios desatados contra la administración de la Corona. Elster, John, “Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris”, *Cardozo Law Review*, vol. 14. 1991-1993, p. 560.

cales: “Si la mayoría republicana en la Asamblea Constituyente —interpreta Elster— no hubiera empleado toda su fuerza, los desarrollos posteriores hubieran tomado un cariz distinto”.²⁸⁴

Para Ackerman, el juez constitucional legitima su labor interpretativa en la voluntad soberana del pueblo real. Sus argumentos se basan más

²⁸⁴ Elster, Jon, *Ulises desatado...*, cit., p. 177; Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, cit.; Duxbury, Neil, “Liberalism, Self-Interest and Pre-commitment”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. IX, núm. 2, 1996, pp. 385-395. El ensayo es una lúcida crítica a la posición de Holmes sobre el precompromiso. Otro ejemplo de un Constituyente movido por las animadversiones se dio en Bulgaria. La Constitución de 1991 prohíbe los partidos de base étnica o religiosa. Además, aunque el artículo 36 de dicha Constitución establece el derecho de los ciudadanos de las minorías a estudiar en su lengua materna —junto al búlgaro, que es el oficial—, en 1998 el parlamento rechazó la obligatoriedad de la enseñanza de lenguas diferentes al búlgaro en las escuelas públicas. La animosidad hacia los turcos es antigua. Recordemos que el pueblo búlgaro, sometido por el imperio otomano hasta la guerra rusa-turca de 1878, guardó fuertes resentimientos contra el otrora verdugo; resentimientos que se trasladaron a las leyes en contra de la minoría turca, que decidió continuar en el país; leyes que, por ejemplo, obligaban al cambio de los nombres turcos por “cristianos”. La primera campaña de cambio de nombres tuvo lugar en 1912, pero le sucedieron varias en diferentes épocas. Más tarde, el gobierno comunista (1948-1951) realizó esfuerzos para eliminar la forma tradicional de vida turca. Finalmente, en 1984, el Estado comenzó una campaña violenta de asimilación. Lo anterior tuvo como consecuencia que la minoría turca llegara al periodo de la transición a la democracia (1989-1992) como una minoría diferenciada y aislada. De tal suerte que la Constitución búlgara —señala Elster— contiene la protección más débil de los derechos de las minorías de todos los textos constitucionales de nuevo cuño en Europa del Este. Para la cuestión histórica y la transición a la democracia en Bulgaria véase Rumyana, Kolarova, “Tacit Agreements in Bulgarian Transition to Democracy”, *The University of Chicago Law School Roundtable*, 1993, pp. 23-51. Para un estudio de las Constituciones de Europa del Este véase Elster, Jon, “Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction”, *The University of Chicago Law Review*, 1991, pp. 447-482. Los ejemplos pueden multiplicarse; el Constituyente mexicano de 1917 señaló en su artículo 130, párrafo noveno, que los ministros de culto “no pueden en reunión pública o privada constituida en junta, ni en actos de culto o de propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular, o en general del gobierno”. A los ministros de culto se les tenía prohibido votar o ser votados y se le negaba el derecho para asociarse con fines políticos” (artículo 130, párrafo noveno). El artículo establecía otras incapacidades y prohibiciones. Véase Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1985, p. 1997. El Constituyente, en este caso, redactó la norma previendo el futuro, pero tomando en cuenta antecedentes históricos, es decir, piensa en el pasado e intenta evitar que suceda de nueva cuenta. En definitiva, estaba guiado por pasiones transitorias o permanentes y no por un interés general. La Iglesia era un enemigo desde tiempos de la reforma (movimiento que desembocó en la Constitución de 1857). Además, el clero trató de influir en el curso de la Revolución mexicana (1917-1921). El Constituyente de Querétaro procuraba suprimir de un modo absoluto la política ejercida desde el púlpito. Véase *Diario de los Debates*, México, Congreso de la Unión, t. II.

bien en la idea de que el juez constitucional debe reconocer derechos existentes en una sociedad cambiante, ideas que se nutren de una desconfianza contra las decisiones del legislador, que dependen de luchas por el poder y de opiniones mayoritarias determinadas por las emociones.²⁸⁵

Holmes, como Elster,²⁸⁶ rechaza las ideas de que los que aspiran a legitimar una Constitución escrita pueden “invocar la analogía del acto creador de Dios estableciendo una relación trascendental con actos que ocurren en el mundo creado”. El creador no está exento de influencias:

El propósito mismo de una declaración de derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicables por los tribunales. El propio derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones.²⁸⁷

A la inversa, los tribunales pueden silenciarse a sí mismos para apartarse de la pugna política. En tales casos, señala Stephen Holmes, “las reglas mordaza” instituyen una división del trabajo que puede ayudar a clarificar las responsabilidades de todas las partes.²⁸⁸ La función básica de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, “atar”²⁸⁹ las manos de la comunidad. En la otra opción, la de

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 339.

²⁸⁶ Holmes rechaza el dualismo de Ackerman, así como el de Jon Elster citando las palabras de este último en Ulises y las sirenas: “Sólo la asamblea constituyente es un actor político, en el sentido estricto de la *politiquee politisante*; todas las generaciones ulteriores quedan limitadas a la *politiquee politisée* o la aplicación cotidiana [es decir, aplicación o implementación] de las reglas básicas”. Citado por Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *cit.*, p. 244.

²⁸⁷ *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U. S. 624-638.

²⁸⁸ Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza”, *cit.*, p. 56. Para Holmes, “Una conversación queda invariablemente configurada por lo que sus participantes deciden no decir. Para evitar conflictos destructivos, suprimimos los temas controversiales. En Cambridge, Massachussets, viejos amigos rehuyen el tema de Israel para mantener intacta su amistad. Desde luego evitar un asunto espinoso es algo que puede verse como censurable: más como evasión que como arte diplomático. Pero esquivar los conflictos no es sólo un acto de cobardía: también puede cumplir objetivos positivos”. *Ibidem*, p. 49.

²⁸⁹ Para Holmes, “Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con

una democracia constitucional ilimitada, a la que teme Hayek, las Constituciones son remedios institucionalizados para limitar el poder del gobierno.²⁹⁰

sus propios pies”. Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja”, *cit.*, p. 218. La analogía de Ulises ha sido discutida ampliamente. Ahora, el mismo Elster reconoce que no es del todo correcto llevar al plano político la idea de la autorrestricción individual. Elster cita a Jens Arup Seip: “En política, la gente nunca trata de atarse a sí misma; sólo de atar a los demás”. Elster reconoce que esto es más correcto que sus opiniones anteriores donde asimilaba el comportamiento individual con el colectivo. En otro momento señala: “El individuo que desea atarse a sí mismo puede confiar su voluntad a instituciones o fuerzas externas a su control, que le impidan cambiar de opinión. Pero nada hay externo a la sociedad, excepto el caso de precompromiso a través de instituciones internacionales con poderes ejecutivos del tipo del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial. Pero ni siquiera esta circunstancia puede hacer imposible actuar contra un precompromiso; sólo puede hacer que sea más costoso llevarlo a cabo”. *Elster, Jon, Ulises desatado, cit.*, pp. 11 y 117-118. Véase también Elster, Jon, “Ulises revisitado, compromisos y constitucionalismo”, *cit.* En un reciente artículo Elster afina sus posiciones desarrolladas en *Ulises desatado*, Elster, Jon, “Don’t Born Your Bridge Before You Come It: some Ambiguities and Complexities of Precommitment”, *Texas Law Review*, vol. 91, 2002-2003, pp. 1751-1787. Para Neil Duxbury, la analogía es imprecisa. Los individuos idean estrategias para “atarse” con la finalidad de superar su debilidad personal: tomo precauciones hoy porque desconfío de mí en el futuro. Es verdad, las sociedades no son entes homogéneos. De ahí que la analogía no sea correcta: la minoría teme de la mayoría, y viceversa. La sociedad de hoy teme los comportamientos de la sociedad en el futuro. Atar a una sociedad acarrea más riesgos que el acto individual; por tanto, deben justificar con mucha fuerza al comprometer las generaciones futuras, basándose, por ejemplo, en que pueden anticipar los peligros que asecharán a la sociedad más tarde. Duxbury, Neil, “Liberalism, Self-Interest and Precommitment”, *cit.*, p. 392. El uso de precompromisos como método para prevenir un futuro en el terreno social es incierto y peligroso, los precompromisos suelen ser muy rígidos, por lo tanto riesgosos. *Ibidem*, p. 395. En España, Laporta se da cuenta de lo disímil entre el ejemplo de Ulises y el constitucionalismo: “quienes ordenan la vinculación no son generalmente los mismos que la van a sufrir”. Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 464. Parece que el Constituyente, además de pensar en el futuro peligroso, redacta la norma pensando en los peligros del pasado. Establece un cambio en el “contrato social”; sin embargo, en ocasiones estos parecen inútiles; las situaciones que en un momento podrían justificar reformas pierden peso y parecen hoy contraproducentes. Puede, por tanto, entenderse que las nuevas interpretaciones constitucionales de la igualdad se encuentran en esta situación. La interpretación de la cláusula de igualdad como prohibición de discriminación parecía correcta; sin embargo, esta idea, hoy por hoy, parece caduca. Pero no es momento de abundar al respecto; más adelante se analizará esta tesis a detalle.

²⁹⁰ Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1991, pp. 227-247. Esta idea fue sostenida por Hayek en diferentes obras. Véase Hayek, Friedrich A., *Democracia, justicia y socialismo*, Madrid, Unión Editorial, 1977, pp. 6 y 7. “Repito que no es democracia, sino su versión ilimitada, lo que considero no mejor que cualquier otro gobierno arbitrario. El error fatídico que da a las asambleas represen-

En el caso norteamericano, los creadores de la Constitución estaban “servilmente”²⁹¹ en deuda con las teorías políticas de “Harrington, Locke,²⁹² Trenchard y Gordon, de Hume, Montesquieu y Voltaire”,²⁹³ así como de las experiencias reales europeas.²⁹⁴ Si otorgamos mayor importancia a uno de los momentos constitucionales, es decir, si la Constitución refleja la voluntad popular más intensamente que las leyes aprobadas por el parlamento según el procedimiento ordinario tendría como consecuencia lógica que los intérpretes tendrían que apegarse a la “intención original”, y una buena forma que podrían haber ideado los constitucionalistas para tratar de perpetuar sus ideas podría haber sido redactar esas normas de forma detallada, serían menos susceptibles de controversia.²⁹⁵ La Corte Suprema, por tanto, tendría menos margen de maniobra, pero las generaciones posteriores a esos momentos constitucionales se verían más restringidas; el problema de la “tiranía del pasado” sería patente.

No obstante, si desmitificamos la idea de los momentos constitucionales pero observamos las bondades que conlleva esta idea, que no es otra

tativas salidas de las urnas poderes ilimitados es la creencia supersticiosa de que una autoridad suprema debe ser, por su propia naturaleza, ilimitada, ya que cualquier limitación supondría otra voluntad sobre la suya, con lo que su poder perdería el carácter de suprema... La autoridad única y suprema con derecho a decidir sobre la acción común puede muy bien ser limitada, restringida a las fronteras impuestas por una norma general que ha merecido la aprobación de la opinión pública”. La tradición liberal a la que se adhiere Hayek fija límites precisos a los poderes que la misma mayoría puede votar, a fin de que el régimen mayoritario no degenera en tiranía. Una mayoría no puede creer que no hay límites razonables a su poder, pues en general las decisiones mayoritarias serán menos sabias que las decisiones individuales. Sobre esto véase Butler, Eamonn, *Hayek. Su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*, Madrid, Unión Editorial, 1989, pp. 159 y ss.

²⁹¹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *cit.*, p. 245.

²⁹² En Norteamérica, en la época anterior a la independencia, las teorías sobre el origen contractual del gobierno se consideraban una realidad. Aparisi Miralles, Ángela, *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 129.

²⁹³ Ya hablamos de la influencia de Locke en las ideas de los constitucionalistas.

²⁹⁴ La influencia de la carta magna, así como los comentarios hechos por juristas ingleses jugaron un papel importante en la educación legal en las colonias americanas. Véase, por ejemplo, Hazeltine, H. D., “The Influence of Magna Charta on American Constitutional Development”, *Columbia Law Review*, vol. 1, núm. 1, p. 20.

²⁹⁵ Interpretamos que esto es lo señalado por Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *cit.*, p. 79. Sin embargo, aunque se considerara que la Constitución refleja la voluntad popular de una mejor forma que el procedimiento ordinario, la solución no ha sido siempre la de establecer restricciones a detalle. El principio de igualdad se ha caracterizado por su abstracción.

sino la de la supremacía constitucional estaremos en una posición más realista. Estaríamos ante una “ficción necesaria”.²⁹⁶ Lo que se debe dejar claro es que al desmitificar la Constitución no estamos dudando de la supremacía constitucional. Pero el valor no se lo otorgamos por una cuestión que atiende a la mítica, sino por la seguridad de que aporta a los actores políticos y la protección de los derechos fundamentales.

Sin duda, las críticas a la teoría de Ackerman valen para la de Rawls. Este último parece tener confianza ciega en los momentos constitucionales, se cuestiona qué pasaría si se establece una religión oficial del Estado a través de una enmienda que cumpliera con el procedimiento del artículo V.²⁹⁷ ¿Podría considerarse válida?, ¿qué fundamentos tendría la Corte para no hacerlo? La respuesta de Rawls es que esta supuesta enmienda debería ser declarada contraria a la tradición democrática norteamericana, y por ese hecho, inválida.

9. La abstracción de las normas constitucionales

Para Robert Alexy, los derechos consagrados en la Constitución, y en concreto la cláusula de la igualdad, fueron redactados con un propósito determinado; por esto, el discurso relativo a derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativa, pues está desvinculado de éste y se encuentra por encima de él. La parte más importante para la argumentación jurídica profesional es la ley, que es relativamente concreta y simple en la mayoría de los casos. La falta de vinculación a la ley provoca que las decisiones uti-

²⁹⁶ Para Prieto Sanchís, la suposición de que la Constitución es la voz del pueblo sería “una ficción necesaria si se desea mantener la fuerza normativa irresistible de la Constitución, esto es, si se quiere afinar algo así como que los poderes constituidos —que son los poderes de verdad— vienen obligados a su respeto; obligados en el sentido común del término, en el sentido de que un ciudadano se considera obligado a pagar sus impuestos”. Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, *cit.*, p. 16. Esto sería la supremacía constitucional desmitificada de Kelsen, que desvincula el génesis de la Constitución democrática a la figura revolucionaria del “poder constituyente”. Kelsen, señala Fioravanti, se encargará con un “ojo despiadadamente realista” de señalar que la Constitución democrática es un resultado de un verdadero y auténtico proceso histórico en el que una gran cantidad de sujetos, de fuerzas sociales, de grupos de intereses buscan reglas comunes y adecuados puntos de equilibrio. Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, *cit.*, p. 156.

²⁹⁷ Ackerman se hace esta pregunta, en Ackerman, Bruce A., *We the People*, *cit.*, p. 319.

licen conceptos o definiciones de los derechos fundamentales que son muy abstractos, abiertos y cargados de ideología.²⁹⁸ No importa cuán abstracto sea el principio consagrado en la Constitución; siempre habrá opiniones divergentes acerca de éste. En los Estados Unidos la gente parece ponerse de acuerdo sólo en el nivel más alto de la abstracción: la igual protección es otorgar igual valor, dignidad y respeto a todos los individuos, sin consideración de raza u origen étnico. No obstante, no se ha puesto de acuerdo en cómo se traduce ese gran valor en los casos concretos: el valor de la igualdad se sigue construyendo.²⁹⁹

Si todos los derechos constitucionales los entendiéramos como derechos abstractos, podríamos encontrarnos en una inseguridad jurídica permanente. Konrad Hesse analiza el problema de la abstracción. Aunque no se refiere al caso de la Constitución de los Estados Unidos, su crítica bien vale para aquel país. Hesse es consciente de los peligros que pueden devenir de estas cláusulas abiertas, por lo que después de defenderlas señala que esta “amplitud e indeterminación de la Constitución, sin embargo, no supone su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la comunidad”.³⁰⁰ Si la Constitución no dice nada sobre la concepción de un

²⁹⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ariel, 1993, p. 532.

²⁹⁹ La idea de usar la abstracción en esta cruzada por la resistencia constitucional es usada también por Rosenfeld y anteriormente por Owen Fiss. Véase Rosenfeld, Michel, “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1993, p. 70; *id.*, “Metro Broadcasting, Inc. vs. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality”, *UCLA Law Review*, 38, 1990-1991, pp. 583-588; Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *cit.*, pp. 107 y 109. Existe una versión traducida de la segunda parte de este artículo en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999 (seguiremos citando la versión en inglés de la primera parte del artículo). De la misma opinión Izzo, Alec Anthony, “The Jurisprudence of Affirmative Action: Equality in Abstraction and Application”, *St. Thomas Law Review*, vol. 4, 1992, p. 162, nota 8.

³⁰⁰ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 18 y 19. Esto se relaciona con la preocupación de Kelsen. Para el profesor austriaco, los postulados que apelan a valores o a principios no pueden ser aplicados directamente y, a falta de un significado unívoco, tampoco pueden tomarse por criterios objetivos. Kelsen, señala Marian Ahumada, no niega la influencia de los postulados de este tipo en la creación de derecho, pero rechaza que sean susceptibles de aplicación. Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)”, *La giustizia costituzionale*, traducción de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, p. 188. Cfr. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, *cit.*, p. 268.

derecho, es como si no existiera.³⁰¹ Sólo podría salvarse la situación señalando sobre qué asuntos debe tener el juez autoridad.

Una de las ventajas indiscutibles de que la Constitución esté redactada en términos abstractos es que de esta forma serán menos necesarias las reformas a la misma; es decir, favorece la “resistencia constitucional”. Tomás y Valiente le dedica un ensayo a la resistencia constitucional; dicho ensayo es una apuesta para que la Constitución perdure. La resistencia, junto a la rigidez, servirían para solventar el conflicto entre la Constitución y la eventual voluntad de cambio de la misma. La resistencia sería la duración efectiva de la Constitución, entendiendo esa efectividad como capacidad de estructurar el ordenamiento jurídico, de reconocer y garantizar derechos fundamentales y de que el sistema de poderes del Estado y los derechos de los ciudadanos tengan vigencia efectiva, unida a la adaptabilidad a la dinámica política, para no dejar fuera a las expectativas políticas no frontalmente opuestas a ella, y a la capacidad para ser interpretada de forma flexible y cambiante, en función de los nuevos problemas.

En consecuencia, Tomás y Valiente formula la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y una duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas. En la segunda parte del texto analiza el papel que en ese aspecto cumplen los valores y principios de la Constitución Española. La seguridad jurídica total sólo es concebible para él, en un ordenamiento jurídico petrificado: “Si el ordenamiento debe dar respuesta a realidades cambiantes sin necesitar cambiar constantemente sus normas generales y últimas, necesita de intérpretes dotados de discrecionalidad”.³⁰²

De esta manera, la seguridad acerca de la Constitución ha de ser compatible con su capacidad para asimilar mutaciones por vía jurisdiccional:

El juez constitucional está vinculado por la seguridad jurídica pero tiene otras obligaciones: debe hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuesta a problemas no previstos, resolver ambigüedades y aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática.³⁰³

³⁰¹ Prieto Sanchís, Luis, “Constitución y parlamento”, *cit.*, p. 28.

³⁰² Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *cit.*, p. 640.

³⁰³ *Ibidem*, p. 641.

Para esa tarea el juez constitucional debe valerse, según Tomás y Valiente, en primer lugar de los valores positivizados y jerarquizados en la Constitución Española, “que obligan al intérprete constitucional a incorporar a sus resoluciones lo que Dworkin denomina moralidad política”.³⁰⁴ Cree que una adecuada utilización de la jurisprudencia de principios y (especialmente) de valores (a pesar de la posible in-concreción de algunos de ellos) a través de “una interpretación constitucional que sea al mismo tiempo autorrestrictiva, congruente y creativa cuando sea necesario, puede extraer enormes virtualidades de esas cláusulas que pueden servir para moralizar el derecho y mantener viva y resistente la Constitución”.³⁰⁵

Vemos que en lo sustantivo la propuesta de Tomás y Valiente está en sintonía con la doctrina norteamericana. El profesor español señala que la Constitución debe dejar cabida a las “expectativas políticas no frontalmente opuestas a ella”. Esto no es sino la teoría de Thayer de deferencia a la labor legislativa. El profesor apuesta por una Constitución viva, cambiante. El encargado de esas nuevas interpretaciones posibles sería precisamente el juez; esta es la misma labor que debe ser otorgada al juez según la concepción de Dworkin. En el ensayo se reseñan algunas resoluciones del Tribunal Constitucional en que se plasmaría ese tipo de interpretación sugerida.

En España parece que se ha puesto en duda últimamente la viabilidad de un defensor de la constitucionalidad, tema que parecía haberse superado. Por ejemplo, Juan Carlos Bayón señala que “no hay razón para esperar que *sistemáticamente* las decisiones de la mayoría parlamentaria deban ser peores que la de los jueces constitucionales”. Aunque Bayón no descalifica del todo la labor de los jueces constitucionales en su propuesta de constitucionalismo débil, su labor sólo tendría cabida como “diálogo institucional que aumente la calidad deliberativa de los procesos de decisión”. Lo que propone es eliminar el poder vinculante de las decisiones del juez, amparándose en la idea de que si existen desacuerdos razonables, el juez no puede más que señalar las “razones o puntos de vista que la mayoría no ha sabido tomar en cuenta”, así como contradicciones y puntos de vista débiles en las decisiones tomadas.³⁰⁶

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 642.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 644.

³⁰⁶ Bayón Mohino, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *cit.*, pp. 73 y 74.

Juan Carlos Bayón considera que no hay por que esperar del procedimiento democrático un menor valor instrumental. Su superioridad desde el punto de vista de su valor intrínseco debe decantar la balanza a favor de soluciones que den la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria. La solución de Laporta es algo menos radical: sugiere que la objeción democrática representa un reajuste de competencias para el legislador del presente.

Para él, simplemente hay “aspectos de la vida” que deben ser materia de discusión, y no “hurtarse a la voluntad de la mayoría”. Laporta, siguiendo a Elster, es consciente de la ficción de los momentos constitucionales, aunque nos señala la conveniencia de contar con ciertos derechos fundamentales protegidos por la rigidez constitucional, y deja abierta la posibilidad de que estos derechos sean modificables mediante métodos democráticos.³⁰⁷ Laporta, aunque defiende la rigidez constitucional como mecanismo de estabilidad, acaba por admitir la importancia de la existencia de un “haz de derechos individuales, basados en una concepción sustantiva, no procedimental, de esos derechos.”³⁰⁸ Entendemos que Laporta considera que los derechos sustantivos son importantes como un requisito: los ciudadanos deben gozar de ellos para que después se ponga en marcha el procedimiento democrático.³⁰⁹

La rigidez constitucional parece una herramienta correcta para lograr estabilidad: es mejor tener establecidas las reglas del juego y que éstas estén protegidas para que la mayoría parlamentaria de cada momento no pueda cambiarlas, ya que podría esperarse que lo haga a su conveniencia. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, la rigidez constitucional puede parecer excesiva si las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada medida tomada en el pasado es errónea, “¿por qué debe obstaculizarse su modificación?”³¹⁰ Ésta es la pregunta que se hace el profesor Ferreres en su artículo “Una defensa de la rigidez constitucional”. El ensayo de Ferreres es un panegírico a la rigidez constitucional, aunque advierte que dicha rigidez puede ocasionar que la mayoría actual no considere “correcto” alguno de los derechos registrados en la Constitución. La solución que da Ferreres es muy simple: apelar a

³⁰⁷ Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, p. 479.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 480.

³⁰⁹ Esta es una de las tesis que ha sostenido Rawls en toda su obra.

³¹⁰ Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 29.

la abstracción. “El empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar”.³¹¹

Rawls está de acuerdo en las bondades de una Constitución abstracta: es necesario que la expresión de principios de la ley suprema goce de un apoyo muy amplio, y por esta u otras razones lo mejor es no cargarla con demasiados detalles y calificaciones.³¹² Para Ferreres, Ackerman recurre

³¹¹ *Ibidem*, p. 33. Ferreres se fundamenta en las ideas de Konrad Hesse, así como en las de Tomás y Valiente y en las de Cardozo. Recordemos que en *La naturaleza de la función judicial*, Cardozo se cuestiona la permanencia de los principios que en un momento nos parecieron justos. Sobre esta premisa se basa todo su trabajo. Para Cardozo, el contenido de los derechos constitucionales no es constante, varía de época a época. La diferencia esencial entre las leyes ordinarias y las normas constitucionales es que las primeras están hechas para “satisfacer las exigencias fugitivas de la hora”. La Constitución, para Cardozo, debe contar con un “poder de adaptación”, que sólo se logra sin descender a los “detalles y particularidades”. Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit., pp. 63 y 64. No está de más señalar que para Cardozo, cuando esos principios que se consideraban acordes con el texto constitucional parecen caducos, es el juez, y no el legislador, el que tiene la potestad de cambiarlos. El profesor cita las palabras del juez Wheeler en la sentencia *Owy vs. Connecticut*: “sirve mejor al derecho el tribunal que reconoce que las normas jurídicas que crecieron en una generación remota pueden, ante la experiencia más completa, resultar sirviendo mal a otra generación; y el que descarta la vieja regla cuando encuentra que otra regla de derecho representa lo que debe ser de acuerdo con el juicio de la sociedad, establecido y fijado, y que no es importante el número de derechos de propiedad que se han creado sobre la base de la vieja regla. Es así como grandes tratadistas que han estudiado el common law han descubierto la fuente y el método de su crecimiento, y como este último ha encontrado su salud y su vida. El mismo no es ni debe ser invariable. Los cambios de este carácter no deben ser dejados al legislador”. Citado en *ibidem*, p. 123.

³¹² Rawls, John, *El liberalismo político*, cit., p. 267. Parece que el principio de abstracción es una norma constitucional esencial en la doctrina liberal de Rawls. No es el momento de adentrarnos en su teoría sobre el liberalismo político, pero no está de más señalar el valor de la abstracción en su filosofía política. Para él, la estructura básica de la sociedad está regulada por una concepción política de la justicia; esa concepción política es el foco de un consenso entrecruzado entre doctrinas comprehensivas razonables. Por esto, cuando están en pugna cuestiones constitucionales de justicia y cuestiones de justicia básica la discusión se realiza en los términos de la concepción de la política de la justicia. Y la forma de solucionar estos conflictos es abstraerse: “cuanto más profundo es el conflicto, mayor es el grado de abstracción que hay que alcanzar para llegar clara y distinta de sus raíces”. *Ibidem*, pp. 73-77. Como vemos, la abstracción de Rawls se perfila como mecanismo para resolver conflictos políticos, y no como técnica de resistencia constitucional. Podemos ver aquí la diferencia en la idea sostenida por Ferreres respecto a la de Rawls. El primero trata de evitar el riesgo potencial de “deslegitimación”, ya que el contenido específico de los derechos puede variar a lo largo del tiempo. En cambio,

a la abstracción cuando se cuestiona la legitimidad de las normas constitucionales excluyentes de ciertas minorías (negros y mujeres) sea vinculante para la sociedad actual: esa generación “suministró un lenguaje y unas instituciones constitucionales a través de los cuales generaciones posteriores de negros y mujeres han logrado plena ciudadanía”.³¹³

10. *La última palabra sobre las affirmative actions*

Después de repasar en términos generales las formas de superar el problema contramayoritario, la postura de Ely parece la más congruente. Sin embargo, descubrimos las amenazas que representa la sola confianza en los procedimientos. Ely no pudo demostrar que los derechos sustantivos en la Constitución sean escasos, así como que las cuestiones sustantivas sean más controvertidas que las referentes a los procedimientos políticos. Aunque el derecho procedimental de Ely niegue la evidencia histórica (en definitiva la Constitución norteamericana fue construida tomando en cuenta derechos sustantivos), en cierto sentido su teoría es eficaz: si no podemos ponernos de acuerdo en qué derechos debemos proteger, lo que sí podemos hacer es cuidar a los grupos más vulnerables. De ahí que Ely propusiera un sistema de presunciones. Estas presunciones establecen *a priori* soluciones que nos ayuden a deshacer el nudo gordiano.

El problema puede ser planteado así: si las normas constitucionales son entendidas como fórmulas abstractas, éstas carecen de contenido real, es decir, no existen verdaderas reglas atemporales. La igualdad tendrá el sentido que en un tiempo y lugar concreto se les otorgue. Una concepción de la igualdad abstracta dará al legislador más libertad a la hora de legislar, con seguridad habrá desacuerdos, personas razonables no quedarán conformes con la concepción de la igualdad establecida por la mayoría. No tardará en que dos concepciones de la igualdad se enfrenten en los tribunales. Y es que por más abstractas que sean las normas, en un

entendemos que la finalidad de la abstracción en el *Liberalismo político* es buscar en puntos de acuerdo. Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *cit.*, p. 29. Ésta parece ser en esencia la tesis contenida en: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *cit.*, p. 33.

³¹³ Citado en *ibidem*, p. 35, nota 15. Ackerman, Bruce A., *We the People*, *cit.*, p. 316. Ackerman se ocupa de esto con más detenimiento en “Levels of Generality in Constitutional Interpretation. Liberating Abstraction”, *University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 317-348.

caso real la concepción de la igualdad deberá concretarse: ¿prevalecerá la norma y su concepción implícita de la igualdad o deberá resolverse conforme a la opinión de aquel que demanda la inconstitucionalidad de la norma? Aquí regresamos a la pregunta básica: ¿quién debe dotar a la norma constitucional de contenido?

Si pensamos que es el legislador el que debe hacerlo, el juez podría restringirse y analizar con deferencia la labor legislativa; si pensamos que es el juez el que debe establecer las concepciones de los principios constitucionales abstractos, podría judicializarse la vida pública. Ambos casos acaorean peligros: la constante lucha de las facciones en el Legislativo pone en riesgo los derechos de ciertas minorías, las normas pueden estar motivadas por prejuicios o animadversiones. Judicializar la vida pública sería poner en manos de unos pocos el destino de todos.

Una laxa actitud del juez ante las posibles inconstitucionalidades de las normas amparada en el principio de deferencia al legislador no ha dejado buenos recuerdos en el constitucionalismo. Paradójicamente, la actitud contraria no carece de detractores. Se puede dar el caso en el que parezca que el juez esté creando una nueva concepción de un derecho constitucional; sin embargo, en realidad sólo estará usando un principio más general inmerso en el principio de construcción judicial.

El juez no goza entonces de total discreción a la hora de juzgar si una norma es o no constitucional. Además, del ya señalado principio de deferencia al legislador, el juez está guiado por sus propios precedentes que, aunque no son vinculantes para el caso del máximo tribunal, el principio de consistencia en los fallos suele pesar en las decisiones.

Por lo que se refiere a los precedentes, podemos decir que, aunque en el caso del juez constitucional éstos no son vinculantes, el juez, en el caso de la igualdad, parece pensárselo mucho antes de cambiar de criterio. Si nos olvidamos por un momento quién es, según los principios democráticos o mayoritaristas, el que debe defender el texto constitucional, olvidándonos también de la legitimidad de ese órgano, podríamos, sin prejuicios, detenernos a meditar quién, por sus cualidades epistémicas, debe ser el intérprete máximo de la Constitución. ¿Cuál es el valor procedimental de la técnica interpretativa utilizada por una corte suprema o por un tribunal constitucional?

Las ideas abstractas de los derechos individuales como el derecho a la libertad o la igualdad no parece que sirvan para decidir sobre casos difíciles. Incluso si ha tenido ocasión de conocer algún caso del que se des-

prenda un principio que parece correcto. Supongamos, por ejemplo, que la Corte, inmersa en la tesitura de unos conceptos abstractos, ha tenido ocasión de definir en sus precedentes el principio de igualdad: existe ya una concepción de ellos; es más, el propio juez ha establecido una regla general como esta: una interpretación correcta de la cláusula de igualdad consiste en la prohibición de la discriminación; sin embargo, ante un nuevo caso el juez considera que existen diferencias entre éste y aquel que llevó al juez a formular aquel principio general: ¿qué debe hacer el juez?³¹⁴

En el caso concreto del principio de igualdad, pese a ser interpretado tradicionalmente como prohibición de la discriminación, si lo aplicamos como criterio universal no daría al juez muchas opciones: la discriminación está proscrita sin excepciones. No obstante, podríamos argumentar que el principio de no discriminación no es absoluto, y que pierde validez cuando las consecuencias de llevarlo a sus extremos lógicos son muy graves. Ante esto tenemos dos opciones: sostener que el principio de no discriminación no fue establecido en términos absolutos. En realidad, esto no parece del todo cierto, ya que aquellos jueces que conceptualizaron este principio podrían haber creído que no había lugar a antinomias; sin embargo, ante nuevas realidades parece que nunca debió de sostenerse un principio antidiscriminatorio tan rotundo. Esta opción acarrearía el problema de establecer casuísticamente las salvedades a la regla general. La otra opción sería establecer una nueva concepción sobre la igualdad: igualdad entendida como prohibición de la subordinación. Ésta es la opción que hemos escogido en este trabajo.

³¹⁴ Este es uno de los planteamientos de Dworkin, y lo que él llama los “casos difíciles”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 146-208; Gargarella, Roberto, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, cit.; Bhagwat, Ashutosh, “Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine”, *Conn. Law Review*, vol. 30, 1997-1998, pp. 961-1017.

I. Introducción	103
II. Entre política y derecho	109
1. El <i>Classical Legal Thought</i>	112
2. La sentencia <i>Lochner vs. New York</i>	120
3. Jurisprudencia pragmática-instrumental	123
4. El cambio de paradigmas en el derecho norteamericano	125
5. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el <i>New Deal</i>	126
6. El realismo jurídico en la Corte Suprema de los Estados Unidos	130
7. El juicio de constitucionalidad después de <i>Lochner vs. New York</i>	134
8. La sentencia <i>United States vs. Carolene Products Co.</i> El nuevo estándar de revisión	138
9. El escrutinio estricto o <i>strict scrutiny</i> : <i>Korematsu vs. United States</i>	142
III. La Corte Suprema de los Estados Unidos frente a la segregación	147
1. Los antecedentes de la sentencia <i>Brown vs. Board of Education</i> : la lucha legal contra la segregación	148
2. El originalismo: la interpretación de la ortodoxia	162
3. Otras clasificaciones: mujeres, extranjeros, hijos ilegítimos	174
4. Derechos de interés fundamental	188

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL JUICIO DE IGUALDAD

I. INTRODUCCIÓN

Las resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos son parte importante de la historia de aquel país norteamericano.³¹⁵ Una de las peculiaridades del derecho en Norteamérica, como ya tuvimos ocasión de señalar en el capítulo precedente, es que es un derecho que se ha construido en los tribunales.³¹⁶

Aunque la Corte no está vinculada por sus propios precedentes, se ve constreñida por el principio de consistencia,³¹⁷ de ahí la importancia de

³¹⁵ Los grandes acontecimientos históricos de los Estados Unidos están vinculados con la Corte Suprema. En definitiva, la Corte ha contribuido a diseñar el modelo de Estado, así como a equilibrar los poderes del gobierno o redefiniendo los suyos propios. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia ya estudiada de *Marbury vs. Madison*, donde se instituye la doctrina de la *judicial review*.

³¹⁶ Tocqueville observa que “Difícilmente surge una cuestión política en Estados Unidos que no se resuelva, tarde o temprano, en una cuestión judicial”. Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1980, p. 92. Más tarde, Oliver Wendell Holmes haría la misma observación en su obra *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975. John Chipman Gray expresaría lo mismo en *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester, Massachussets, Meter Smith, 1972. Véase Hart, Herbert L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano: una pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 328. La “pesadilla” para Hart es precisamente el poder de decisión de los jueces sobre asuntos políticos: “El uso de los tribunales de sus poderes de revisión judicial para efectuar importantes reformas judiciales que en otros países habían sido logradas, si se lograron, solamente después librar amargas batallas parlamentarias, han provisto una serie de diferentes ejemplos para apoyar la visión de la pesadilla de proceso judicial como mera legislación críptica”. *Ibidem*, pp. 330 y 331. Hart, con la frase “el noble sueño”, se refiere a la creencia, según la cual “aun cuando una disposición de derecho es indeterminada hay un derecho existente que los jueces pueden y deben aplicar al resolver los casos...”. *Ibidem*, p. 337. Es clara la crítica a las ideas de Dworkin.

³¹⁷ La consistencia en las resoluciones tiene como fin último lograr seguridad jurídica. No obstante, por una parte tendríamos la necesidad de conocer lo que nos espera de la co-

analizar los precedentes que utiliza la Corte Suprema a la hora de conocer si un programa que contiene una *affirmative action* es o no contrario a lo dispuesto en la Constitución. Reparemos en el hecho de que el primer caso sobre *affirmative action* que conoció la Corte fue *Regents of the University of California vs. Bakke*,³¹⁸ en 1978.

Aunque el caso *Bakke* representa un caso sin antecedentes análogos, la Corte resuelve fundamentándose en casos previos que contienen principios más generales sobre igualdad. En el caso *Bakke*, como en los posteriores asuntos sobre las *affirmative actions*, se cuestiona el principio de igualdad contenido en la enmienda XIV, así como el del *due process of*

recta aplicación del derecho; por la otra, esperamos que ese resultado sea justo, esa es la disyuntiva a la que se encuentra el juez: buscar el equilibrio en esta “tensión irreconciliable entre la necesidad de proteger los intereses de los que han confiado en una congruente aplicación del derecho, y la búsqueda de normas que a la luz de resultados concretos sea más justa”. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 2005, pp. 200-206. En las más optimistas definiciones de seguridad jurídica se reconoce un grado de incertidumbre. Para Kelsen, en la relación entre el Poder Legislativo y el Judicial existen dos tipos diferentes de sistemas jurídicos. En uno, la producción de la norma jurídica se encuentra centralizada, reservada a un único órgano legislativo. El sistema tendrá el inconveniente de falta de flexibilidad. En cambio, tendrá la ventaja de seguridad jurídica: “...las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento”. En el otro sistema no existe un órgano legislativo central, los tribunales se encargan de resolver los casos con un criterio “libre”. Los individuos no podrán saber nada de antemano, “este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica”. En realidad, entre estos dos sistemas a los que Kelsen llama “ideales” se encuentran aquellos en los cuales, aunque se constituye un legislador central, los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el legislador, sino también para dictarlas fuera de ese marco —aplicando un norma más general que él mismo considera justa—, y finalmente el sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo las forma de casos con valor de precedente. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1991, pp. 259-260. Sobre el particular puede verse también Arcos Ramírez, Federico, “La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho. De la previsibilidad a la argumentación”, *XIX Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002, pp. 191-217. En las primeras décadas del siglo XX los realistas se percataron de la imposibilidad de una certeza plena en el conocimiento del derecho. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, *cit.*, pp. 200-206. El mismo Hart aceptó que el precio que había que pagar por la generalidad de las normas será que en algún punto de su aplicación las pautas serán indeterminadas: “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 159.

³¹⁸ 438 U. S. 912 (1978).

law de la enmienda V.³¹⁹ El problema es que las cláusulas están redactadas en términos tan abstractos, que poco o nada nos dicen acerca de cómo resolver estos asuntos. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de la resolución de determinados casos concretos, se ha encargado de delimitar aquel principio.³²⁰

No obstante, un análisis superficial de las sentencias de la Corte dilucidaría los cambios de criterio en la interpretación de algunos principios constitucionales.³²¹ Los cambios obedecen a la vinculación de la Corte con doctrinas, principios o derechos que son considerados preeminentes respecto al resto. El peso específico otorgado a determinados principios está relacionado con etapas históricas determinadas. La primera parte de este capítulo se lo dedicaremos al análisis de este cambio de paradigmas en el derecho de los Estados Unidos. Podemos adelantar que la propiedad privada como derecho fundamental fue la quintaesencia de la filosofía que sustentaba al derecho.³²² Esto nos ayudará a entender las razones que llevaron a la Corte a decisiones como *Lochner vs. New York*.³²³

³¹⁹ En el capítulo previo señalamos que desde la sentencia *Bolling vs. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954), la Corte equiparó las obligaciones de los Estados de respetar el principio de igualdad contenido en la enmienda XIVS con el principio de la enmienda V que obliga al gobierno federal. La sentencia señala que: “si la Constitución prohíbe a los Estados tener escuelas públicas segregadas, resulta impensable que la misma Constitución imponga una obligación menor al gobierno federal”. 347 U. S. 500 (1954).

³²⁰ Decidir casos sobre los que no existe antecedente aplicable ni norma jurídica preestablecida. Puede ocurrir que la Constitución haga clara referencia a una solución normativa, pero frente a un caso concreto no sepamos qué interpretación otorgarle. *Cfr.* Gargarella, Roberto, “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *cit.*, p. 60. Sobre los casos difíciles consúltese Dworkin, Ronald, “Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles”, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico*, *cit.*, pp. 475-512. Los casos difíciles por excelencia son los que tienen que ver con moralidad pública. Sobre esto véase Bhagwat, Ashutosh, “Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine”, *cit.*

³²¹ Los cambios en la interpretación del principio de igualdad sería el ejemplo por antonomasia. En páginas siguientes quedará claro en qué consisten las diferentes interpretaciones que se le han dado a la enmienda producto de la guerra civil norteamericana.

³²² El derecho a la propiedad privada tiene sus raíces en el pensamiento de Locke: en la parte medular de su obra, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, *cit.*, pp. 55-75, presentó su famoso relato del origen de la propiedad individual en un “estado natural” imaginario. Sobre el tema se han escrito gran cantidad de estudios, se recomienda especialmente Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, *Estudios Públicos*, núm. 70, 1998, pp. 77-150.

³²³ 198 U. S. 45 (1905). La sentencia declara inconstitucional una norma que establecía jornada máximas de trabajo a empleados de panaderías.

Aunque el estudio de la historia de la Corte Suprema pueda dividirse en varias etapas,³²⁴ ningún constitucionalista dudaría en señalar que el cambio más importante se dio en la década de los años treinta. La Corte no será la misma después de los sucesos de aquella década.³²⁵ Es en aquellos años cuando la Corte abandona viejas doctrinas: la importancia que había jugado hasta el momento el derecho a la propiedad privada y la libertad contractual pierden su peso específico,³²⁶ a la vez que los derechos sociales adquieren relevancia.

Recordemos que el legislador tradicionalmente había gozado de una gran libertad en su labor creadora de normas. La presunción de constitucionalidad era casi absoluta; sólo se le exigía a la norma un mínimo de racionalidad. Pues bien, en la era *Lochner* la Corte parece obviar la presunción de constitucionalidad amparándose en el debido proceso sustantivo: el derecho a la propiedad y a la libertad contractual son derechos casi absolutos que el Estado no puede violar.³²⁷ La fiscalización de la Corte es muy severa con las normas que parecen minar aquellos derechos, por lo que presume su inconstitucionalidad.

En contraste con las doctrinas de la Corte, en la academia se vivían tiempos de cambio: la propia concepción del derecho se modifica, las ideas realistas irrumpen en un derecho que no volverá a ser el mismo. Para los realistas, en las decisiones judiciales no se realizan operaciones de subsunción. El realismo jurídico,³²⁸ sustentado en ideas utilitaristas,³²⁹

³²⁴ La otra gran división en la historia del constitucionalismo es anterior, se sitúa a finales del siglo XIX. Esta división obedece al ocaso del pensamiento jurídico clásico o *Classical Legal Thought*. Más adelante ahondaremos al respecto.

³²⁵ De ahí que Cass Sunstein estudie al “constitucionalismo después del *New Deal*”. Sunstein, Cass R., “Constitutionalism After New Deal”, *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, pp. 421-510. Véase también Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940”, *cit.*

³²⁶ Nedeslsky, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, *cit.*, p. 269.

³²⁷ Cloud, Morgan, “The Fourth Amendment Era: Privacy, Property, and Liberty in Constitutional Theory”, *cit.*, y Schultz, David, “Political Theory and Legal History. Conflicting Depiction of Property in the American Political Founding”, *The American Journal of Legal History*, vol. 37, 1993, pp. 464-695.

³²⁸ El realismo jurídico se inicia con el artículo de Llewelyn: “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”. El derecho deja de entenderse como una entidad casi mística para concebirse como un producto humano, diseñado para conseguir las finalidades buscadas por la sociedad.

³²⁹ Giuliani, Alessandro, “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, *Anuario del Filosofía del Derecho*, t. IV, núm. 5, 1956, pp. 215-308. La relación del

fue el fundamento teórico que terminó de socavar los principios conservadores que habían colocado el derecho a la propiedad y a la libertad contractual en el pedestal en el que se encontraban.

Después del *New Deal*,³³⁰ la Corte vuelve a la actitud deferente con la labor legislativa: el Estado goza de una total libertad para legislar sobre determinados casos, pero ¿esta deferencia debía ser ciega? La Corte pronto se da cuenta de que no todas las normas que surgen de la actividad legislativa son iguales. La vieja doctrina Thayer se ve matizada con la doctrina de las presunciones, que aparece por primera vez en la nota cuatro de la sentencia *United States vs. Carolene Products Co.*³³¹

Una vez que hayamos mostrado la importancia que tuvieron para el derecho los cambios surgidos en la época del *New Deal*, entenderemos con más facilidad las sentencias posteriores, sentencias sin las cuales no se podrían entender las contemporáneas resoluciones de la Corte. Nos referimos a las resoluciones *Korematsu vs. United States*,³³² *Brown vs. Board of Education*,³³³ y *Craig vs. Boren*.³³⁴

En 1944, el año en que la sentencia *Korematsu* fue fallada, el mundo vivía la Segunda Guerra Mundial. Los Estados Unidos luchaban contra Japón en el Océano Pacífico. El miedo infundado a la colaboración con el enemigo dentro del territorio nacional llevó al presidente Rossevelt a decretar el internamiento de los ciudadanos de ascendencia japonesa de la costa oeste de los Estados Unidos; poco tiempo después la Corte resuelve sobre la constitucionalidad del internamiento del ciudadano norteamericano *Korematsu*. El fallo establece que todas las clasificaciones que usen la raza como medio diferenciador serán consideradas sospechosas y estarán sujetas a un escrutinio especialmente estricto.

realismo con los principios utilitaristas con raíces en el pensamiento de Jeremy Bentham (1742-1832) es la tesis principal de Giuliani. Véase también Calsamiglia, Albert, "El derecho como integridad: Dworkin", *Working Papers*, núm. 25, 1990, nota 11.

³³⁰ El objetivo político del *New Deal* fue fortalecer la débil economía norteamericana de la década de los treinta. En sus orígenes, el *New Deal* descansó en gran medida en intervenciones estatales. Cushman, Barry, "The Great Depression and the New Deal", *University of Virginia Public Law and Legal Theory Workings Papers Series*, núm. 23, 2005, pp. 1-84. En línea: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=uvalwps>. Se accedió a la página el 11 de agosto de 2005.

³³¹ 304 U. S. 144, 152-153 (1938).

³³² 323 U. S. 214, 216 (1944).

³³³ 347 U. S. 483 (1954).

³³⁴ 429 U. S. 190 (1976).

Este precedente se usa hoy en día para conocer sobre la constitucionalidad de las normas que usan criterios raciales en sus clasificaciones. Los programas que contienen una *affirmative action* usan precisamente criterios raciales; de ahí la importancia del precedente *Korematsu*. La sentencia ha representado una barrera casi infranqueable para aquellas normas que usan la raza como rasgo diferenciador: el escrutinio que supone el uso de la doctrina contenida en la sentencia referida se ha llegado a considerar estricto en teoría, pero fatal de hecho.

En un segundo apartado estudiaremos la forma en que la Corte Suprema ha abordado la discriminación después de la sentencia *Korematsu*. Nos veremos en la tarea de estudiar una de las sentencias más importante pronunciada en los Estados Unidos: *Brown vs. Board of Education*. La sentencia *Brown*, al terminar con la segregación racial, marca una nueva era en la concepción del principio de igualdad.

El principio sostenido en *Brown* estará presente en todas las resoluciones posteriores vinculadas con la igualdad racial. En el análisis de la sentencia se verá con más claridad la relación entre la revolución que implicó el cambio del formalismo jurídico al pragmatismo-instrumental: la sentencia es un ejemplo de la filosofía que dominaba el mundo jurídico de la época.³³⁵

Aunque la Corte utilizó en un principio un escrutinio estricto sólo en el estudio de las clasificaciones raciales, en sentencias posteriores ha distinguido otros grupos que por su especial situación merecen ser protegidos con mayor diligencia.

No todos están de acuerdo con este talante activo de la Corte. Las respuestas a la nueva situación que implicará la sentencia *Brown* no se dejan esperar. Dicha resistencia no sólo se manifiesta en el ámbito social, los propios fundamentos jurídicos son puestos en duda por algunos constitucionalistas. Surge la doctrina originalista³³⁶ como respuesta a los métodos usados por la Corte.

³³⁵ Cottrol, Robert J., "Justice Advanced: Comments on William Nelson's *Brown vs. Board of Education* and the Jurisprudence of Legal Realism", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, 2003-2004, p. 799.

³³⁶ Aunque por una parte la doctrina de interpretar la Constitución según la intención original es tan antigua como el constitucionalismo en Estados Unidos, lo cierto es que nunca se ha entendido en términos absolutos. Los *vested rights* primero y la interpretación sustantiva de la cláusula del debido proceso después, sirvieron como fundamento final de los asuntos para los cuales la Constitución no aportaba solución. Sobre esto véase Barnett, James D., "Vested Rights in the Common Law: Life, Liberty, Property, Due Process of Law", *Oregon Law Review*, vol. 27, 1947-1949, pp. 25-39.

El originalismo se ha conformado como un arma poderosa contra todas aquellas sentencias que fundamenten sus fallos fuera de lo expresamente dispuesto en la Constitución, como la que declara la libertad de la madre a abortar amparándose en el derecho a la intimidad, o aquella que declara la existencia de un derecho constitucional a la educación pública. En este capítulo criticaremos la teoría originalista, y de esta forma intentaremos allanar el terreno para exponer con libertad nuestra propuesta.

El principio de igualdad es uno de los más abstractos. Al analizar los diferentes tipos de escrutinio establecidos por la Corte quedará de manifiesto el papel de la Corte Suprema, la cual al interpretar la norma constitucional de la igualdad no lo hace de forma libre, pues es fiel al principio de no discriminación.

Iniciaremos con el estudio del test de simple racionalidad. La Corte usa este escrutinio para analizar las clasificaciones económicas y sociales. Existen otros dos niveles de escrutinio: el intermedio, usado para juzgar las normas que utilizan clasificaciones de género,³³⁷ y el escrutinio estricto, usado en las clasificaciones raciales, o en aquellas que usan la nacionalidad como rasgo diferenciador. Los escrutinios son grados de presunción sobre los que se basará el juez para fallar el asunto en turno.

II. ENTRE POLÍTICA Y DERECHO

Para la tradición jurídica del *common law*, el juez, al resolver conflictos jurídicos, atiende a sus propios precedentes como parte fundamental de sus fundamentos jurídicos: utiliza casos análogos para resolver conforme a los principios en ellos contenidos.³³⁸

Una de las premisas básicas de la institución del *stare decisis* es que los principios usados para juzgar un caso concreto sirvan de parámetros en casos futuros similares.³³⁹ No obstante, el juez norteamericano no se

³³⁷ 429 U. S. 190 (1976). La Corte Suprema estableció que para resolver supuestos casos de discriminación por razón de sexo se debía aplicar un escrutinio intermedio: *intermediate test*, que requiere que la relación entre clasificación legal y el objetivo del Estado esté sustancialmente relacionado con los objetivos del gobierno. La Corte, literalmente señala: “must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”.

³³⁸ Magaloni, Ana Laura, *El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del statute law*, cit., p. 131.

³³⁹ La tradición del precedente finca sus raíces en el derecho inglés. Como es sabido, el derecho inglés o *common law* tiene su génesis en la época de Guillermo el Conquistador, duque de Normandía, que tras ascender al trono inglés con el título de Guillermo I

fundamenta tan sólo en la norma, doctrina o precedente jurídico aplicable; el juez atiende las circunstancias sociales, y repara en los efectos concretos de las sentencias.³⁴⁰

Otra de las características del derecho del *common law* es la doctrina del *rule of law*, que presupone una concepción material y no técnica de las reglas jurídicas. La *rule of law* representa un límite a la legislación.³⁴¹ Estos límites, fuertemente cimentados, obedecen a principios de derecho natural que derivan de la escuela iusnaturalista europea, que pretendía fundamentar la existencia de unos criterios morales básicos en la propia

unificó bajo su Corona los antiguos reinos anglosajones. La unificación nacional debía comprender la unificación de la administración de justicia. La tarea se vio cumplimentada con la creación de tres tribunales reales con sede en Londres. Una vez hecho esto era imprescindible la creación de un derecho nacional: los tribunales se dieron a la tarea de buscar las coincidencias en las costumbres locales. Lo “común” se constituye como derecho unificado que serviría como normas aplicables en todo el país. Así nace el *common law* o *commune ley*, como lo llamaron los normandos. Morineau, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, 2004, pp. 13-15.

³⁴⁰ La tensión entre la supremacía legislativa y los valores públicos es constante en la impartición de justicia por parte de los tribunales de los Estados Unidos. La división que existe en Estados Unidos entre los métodos de interpretación se establece según la importancia que se le otorga al principio de supremacía legislativa o al papel de los jueces como garantes de los “valores públicos”. La gran división en la interpretación de la ley se encuentra entre el *New Textualism* y el *Dinamic Approach*. El *New Textualism* hace hincapié en que es la palabra de la ley y no la intención del legislador lo que vincula al juez. Si existen lagunas en la ley el juez tiene dos opciones: a) analizar el lenguaje de otras normas similares, o b) armonizar el precepto legal con el resto de la ley buscando los principios rectores. El *Dinamic Approach* considera que la política jurídica no termina en el parlamento, pues los jueces desempeñan un papel fundamental en esta tarea a través de la interpretación de la norma. El juez debe interpretar la ley conforme al contexto actual: el juez no es un historiador que investiga los hechos pretéritos. Sobre esto véase Magaloni, Ana Laura, “El juez norteamericano ante la ley”, *cit.*, p. 140; Eskridge, William N., “Dynamic Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, 1987, pp. 1479-1556; *id.*, “Public Values In Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, núm. 4, 1988-1989, pp. 1007-1114; Breen, John M., “Statutory Interpretation and the Lessons of Llewellyn”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol 33, 1999-2000, pp. 263-448; Rodríguez Puerto, Manuel José, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *cit.*, pp. 14 y ss.

³⁴¹ Cole, Richard P., “Orthodoxy and Heresy: The Nineteenth Century History of the Rule of Law Reconsidered”, *Indiana Law Review*, vol. 32, núm. 4, 1998-1999, pp. 1335-1381. El ensayo de Cole, un estudio del libro *Heretics in the Temple: Americans Who Rejected the Nation's Legal Faith* de David Ray Papke, esclarece el papel que ha jugado la noción del *rule of law* en los Estados Unidos de América. Sugiere que el *rule of law* fue usado en el siglo XIX como un instrumento conservador para mantener el poder. *Ibidem*, pp. 1370 y ss.

naturaleza racional del hombre. A esos criterios morales debía ajustarse el derecho positivo.³⁴²

Los presupuestos individualistas implícitos en la filosofía del derecho natural, así como los planteamientos económicos liberales del *laissez-faire*, se convirtieron en las premisas sobre las que aquél asentó el *common law* en los Estados Unidos. A través de la obra de los jueces los principios fueron “mundanizados”. Sobre esta base se crearon nuevas figuras jurídicas, como el enriquecimiento ilícito, de lord Mansfield (1705-1793).³⁴³ Los principios de derecho natural eran a menudo invocados por los juristas y estaban sobreentendidos en expresiones como *reasonable*, *fair*, *ex aequo et bono*.³⁴⁴

Blackstone (1725-1780) fue el jurista inglés más influyente del siglo XVIII, en 1765 escribió su célebre libro *Commentaries on the Laws of England*,³⁴⁵ que sistematizaba el derecho inglés. La filosofía jurídica de Blackstone es de inspiración lockiana: se base en el mito del “contrato originario” entre el rey de Inglaterra y sus súbditos, en el que estos últimos a cambio de su obediencia reciben del rey la promesa de que sus “privilegios” —o sea, la seguridad de que sus vidas y sus propiedades— no serán violados.³⁴⁶ La influencia de las ideas de Blackstone en los ju-

³⁴² Para lo referente a la época clásica nos basamos principalmente en las obras siguientes: Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Nueva York, Oxford University Press, 1992; Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 60-72; id., *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2002, e Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, cit.

³⁴³ Lord Mansfield prácticamente creó el derecho mercantil inglés. Mansfield fue magistrado presidente del King’s Bench, que fue uno de los tribunales creados por los normandos en el siglo XI; conocía de los casos de violencia, esto es de aquellos casos en que se rompía lo que se llamaba “la paz del rey”. Los otros dos tribunales eran la Court of Exchequer, que conocía de los casos que tenían que ver con los ingresos del rey, y Court of Common Pleas, que se ocupaba de los conflictos entre los ciudadanos. Jolowicz, J. A., “Naturaleza y carácter del proceso civil: la experiencia inglesa”, *Jurídicas. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana*, núm. 23, 1994, pp. 249-267.

³⁴⁴ Giuliani, Alessandro, “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, cit., p. 228.

³⁴⁵ Blackstone, William, *Commentaries of the Law of England*, Londres, William Walker, 1826, vol. I. Una versión facsímil de la edición original se puede consultar en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. En línea: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=5720&portal=33>, se accedió a la página el 27 de julio del 2005.

³⁴⁶ Araujo, Cícero, “Bentham: el utilitarismo y la filosofía política de moderna”, en Boron, Atilio A. (comp.), *La filosofía política moderna de Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Flacso, 2000, p. 276. La importancia de la propiedad en *Commentaries of the Law of*

ristas norteamericanos del siglo XIX es enorme.³⁴⁷ En el primer siglo de la independencia norteamericana, señala Boorstin, los *Commentaries* no eran sólo una aproximación al estudio del derecho; para muchos abogados constituyeron la única fuente del conocimiento jurídico.³⁴⁸

El estudio del derecho natural se introdujo en los Estados Unidos precisamente a través de los *Commentaries*: “La mayoría de los abogados norteamericanos aprendieron sobre los derechos naturales, no en las obras originales en las que habían sido expuestos, sino en la versión familiar, mutilada y simplificada de Blackstone”.³⁴⁹

A mediados del siglo XIX, la tradición iusnaturalista de Blackstone se solapa con la Escuela Histórica del Derecho, que preservó el método deductivo iusnaturalista, aunque buscó las premisas del razonamiento jurídico en el mismo devenir histórico del derecho.³⁵⁰ Los derechos naturales transmitidos a través Blackstone, así como los planteamientos económicos de *laissez faire*, eran las premisas sobre las que se asentaba el derecho en el siglo XVIII.

1. *El Classical Legal Thought*

Sabemos que en Europa la separación de poderes se convirtió en idea fundamental en la concepción de un gobierno democrático y racional; se

England nos recuerda la obra de Locke. Sin embargo, Blackstone no se ocupa de lo que llama “ideas metafísicas frívolas” sobre la propiedad en el derecho natural, su estudio lo realiza como un derecho en sí. Sobre esto véase Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, *cit.*, p. 103.

³⁴⁷ Hasta el principio del siglo XX, leer a Blackstone, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, era sinónimo de estar estudiando derecho. Laje, Alejandro, “Consideraciones sobre la enseñanza...”, *cit.*

³⁴⁸ Boorstin, Daniel J., *The Mysterious Science of the Law*, citado por Glendon, Mary Ann, “El lenguaje de los derechos”, *cit.*, p. 104.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 105.

³⁵⁰ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, *cit.*, p. 62. El caso más claro de la influencia de la Escuela Histórica se da con el derecho de las obligaciones que se comienza a estudiar gracias al trabajo de Savigny. Pound, Roscoe, “The Influence of the Civil Law in America”, *cit.*, p. 8. Sobre la influencia de Savigny en el derecho norteamericano véase Mathias, Reimann, “The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat in the New York Civil Code”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989, pp. 95-120. En la primera parte del ensayo se estudian los argumentos de Savigny en contra de la codificación, práctica que consideraba contraria al derecho histórico. Véase, también, Beale, Joseph H. Jr., “Development of Jurisprudence During the Past Century”, *Harvard Law Review*, vol. 18, 1904-1905, pp. 271-283.

hace énfasis en la separación clara entre el Legislativo y el Ejecutivo, por un lado, y el Judicial por el otro.³⁵¹

Después de la Revolución francesa el papel del juez se reduce al mínimo.³⁵² Además, se impone la obligación de motivar los juicios y se instituía un tribunal de casación encargado de velar por que los jueces no violen la ley que deben aplicar. Este tribunal se consideraba la policía designada por el Legislativo para vigilar al Judicial. Tras la redacción del Código de Napoleón el recurso legislativo fue rechazado en el célebre artículo 4o., que proclamó: “El juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”.³⁵³

La doctrina de la exégesis instaurada a principios del siglo XIX impone en Europa sus técnicas de razonamiento jurídico.³⁵⁴ La escuela de la exégesis es la consecuencia lógica de la intención de cumplir con los objetivos de los hombres de la Revolución, y de su concepción del pueblo como soberano. Fue en el parlamento y no en los tribunales donde se creó el derecho: los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete.³⁵⁵

Perelman distingue tres fases en la historia de la Escuela de la Exégesis:³⁵⁶ “instauración, que comienza con la promulgación del Código Civil francés de 1804 y acaba entre 1830 y 1840; una fase de apogeo, que se extiende alrededor de 1880; y finalmente, una fase de ocaso que se cierra en 1899 cuando la obra de Geny le ha dado la puntilla”.³⁵⁷ La codifica-

³⁵¹ Véase el clásico estudio de Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

³⁵² Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 28.

³⁵³ *Ibidem*, p. 56. Sobre las relaciones entre el juez y la ley véase Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993.

³⁵⁴ La Escuela de la exégesis hace referencia a los civilistas franceses y belgas que enseñaban e investigaban, en el siglo XIX, el Código de Napoleón con la técnica del comentario artículo por artículo. Véase el estudio preliminar de Monero Pérez, José Luis, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, en Gény, François, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, pp. XVIII y XIX.

³⁵⁵ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 22.

³⁵⁶ Fue el decano Glasson quien declaró, en su discurso por el centenario del Código Civil francés, que los juristas de la época “formaron una especie de Escuela, que podría llamarse la *Escuela de la exégesis*”. Citado por Bonnetcase, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, traducción de José María Cajica, México, Cajica, 1944, p. 36.

³⁵⁷ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 38. Para Bonnetcase: “No faltarán razones para creer que el golpe dado a la Escuela de la exégesis, en la misma

ción constituyó la expresión máxima de ese intento de racionalización del mundo jurídico como forma de delimitar el poder de los jueces y proporcionar seguridad y certeza en el derecho de la naciente economía capitalista.³⁵⁸

En el sistema silogístico, el derecho debía ser completo. La exigencia de la coherencia se impone. Para los exégetas, si un sistema es incoherente (pues se puede deducir una contradicción) se hace inutilizable, y hay que enmendarlo. Sostienen que la idea de claridad y de interpretación son antitéticas: no hay que interpretar un texto claro (*interpretatio cesat in claris*). El derecho queda reducido a una entidad casi mística. Sólo ante las antinomias y lagunas cabe un papel más activo del juez, pero incluso en estos casos se debe motivar en textos legales.

En el siglo XIX la exégesis europea influye en Norteamérica; se comienzan a sistematizar las sentencias de los tribunales intentando sustraer de ellas los principios que se consideran axiomas fijos incuestionables. Uno de aquellos principios era precisamente el de la *property*, de raíces lockianas. Parece entonces que las concepciones de libertad y propiedad quedan protegidas.

Otra de las escuelas que llegarían a formar parte de la tradición jurídica de los Estados Unidos fue la jurisprudencia analítica del derecho.³⁵⁹ Ahora es Austin (1790-1863) el que pretende fundar una ciencia autónoma del derecho. El profesor inglés busca en el análisis de los sistemas jurídicos la estructura común que subyace en ellos:

...los diversos principios comunes a sistemas más perfectos —o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos— constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada Jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía —o principios generales— del derecho positivo.³⁶⁰

víspera del siglo XIX, por el profesor Gény, en su obra magistral: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (1899), marcó el advenimiento de un nuevo y regenerador estado de cosas". Bonnacase, J., *La Escuela de la exégesis...*, cit., p. 29.

³⁵⁸ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano*, cit., p. 131.

³⁵⁹ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank*, cit., p. 63.

³⁶⁰ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 28. Para un estudio de la obra de Austin: Turégano, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

A través de Austin se introduce en el derecho inglés el estudio de las instituciones y doctrinas clásicas de la tradición del derecho romano-germánico.³⁶¹

El éxito de Austin, señala Herbert Hart en la introducción a *El objeto de la jurisprudencia* —obra del primero—, fue separar las doctrinas imperantes en su época, establecidas por Bentham, Hobbes o John Locke, de las discusiones políticas y filosóficas:

...con las que estaban entrelazadas y reafirmarlas sobre nuevas bases, con un alcance en los detalles y en la precisión tales, que los abogados y los pensadores políticos no sólo podían comprenderlas, sino usarlas para disipar la neblina que todavía desdibujaba las distinciones entre el derecho, la moral y la religión, y obstaculizaba la crítica racional de las instituciones jurídicas.³⁶²

Austin desarrolla una teoría analítica del derecho: “una teoría que explica la estructura formal de los sistemas jurídicos y las relaciones lógicas entre sus conceptos comunes”.³⁶³ Las pretensiones de elaborar una ciencia jurídica partían de la idea de que el derecho se encuentra intrínsecamente dotado de una estructura racional y objetivamente determinable.

Frente a la visión iusnaturalista que concibe al derecho como un sistema de normas que pueden ser deducidas lógicamente a partir de unos principios de justicia universales e inmutables, la jurisprudencia analítica de Austin pretende ofrecer una nueva y más sólida base sobre la que edificar el sistema jurídico:

El derecho no es una entidad independiente de los deseos y motivaciones humanas, una norma ya establecida por Dios o la naturaleza que el hombre puede escribir. Por el contrario, el derecho es fruto, expresión de una voluntad humana determinada. No existe, por tanto, más derecho que el derecho positivo.³⁶⁴

³⁶¹ Austin viaja a Alemania a preparar sus clases para la recién creada *University College*. Después de una breve estancia en Heidelberg, permanece en Bonn, donde descubre las *Instituta* de Gayo, las *Pandectas* y las obras de Hugo, Thibaut y Savigny; traba amistad con Neibuhr y con W. von Schlegel. Cfr. Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado”, en Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. XVII y XVIII.

³⁶² Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 14.

³⁶³ *Ibidem*, p. XXVS.

³⁶⁴ Cfr. Solar Cayón, José Ignacio, “Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona: del rey Midas al soberano intermitente”, *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999, pp. 496 y 497.

La norma jurídica en la teoría austrianiana es un mandato establecido en virtud de la voluntad del soberano, llámese monarca o asamblea legislativa.³⁶⁵ Esto plantea dificultades para explicar la validez de algunos tipos de normas que aparentemente no han sido creadas por el soberano. El *common law* es un sistema jurídico tradicionalmente constituido por precedentes judiciales.³⁶⁶ ¿Cómo ha de justificarse, entonces, la existencia de normas creadas por un soberano? Austin resuelve el problema con la noción de “legislación tácita”, que serían normas cuya fuente no es el legislador soberano, y que sólo adquieren carácter jurídico cuando la autoridad —de forma tácita— se las otorga, al permitir que los tribunales y órganos subordinados las apliquen.³⁶⁷ Con la teoría de la legislación tácita, el soberano adquiere el papel fundamental de unificador de un material jurídico en sí mismo heterogéneo.³⁶⁸

Pues bien, con estos antecedentes en Estados Unidos de América se intentó hacer del estudio del derecho una ciencia al estilo de los exégetas europeos.³⁶⁹ No obstante, mientras que el ideal de sistematización de los países de Europa continental se veía cristalizado a través de la codificación, para el sistema del *common law*:

...la elaboración de un sistema jurídico coherente implicaba una ardua labor de reconciliación y armonización de un material jurídico disperso y heterogéneo, integrado por leyes —aunque escasas—, costumbres y, sobre todo, por una ingente masa de precedentes judiciales que se superponían, limitaban e incluso se contradecían recíprocamente.³⁷⁰

³⁶⁵ Recordemos que para Hobbes el soberano es aquella persona a la que la masa de la población debe una obligación de obediencia en virtud del pacto que la instauró como tal. A Austin, en cambio, no le importa la legitimidad del poder: soberano es aquella persona o grupo de personas que es o son habitualmente obedecidas por una comunidad y que no prestan obediencia a ninguna otra. Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, citado por *ibidem*, p. 497.

³⁶⁶ Solar Cayón, José Ignacio, “Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona: del rey Midas al soberano intermitente”, *cit.*, p. 498.

³⁶⁷ Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, citado por *ibidem*, p. 498.

³⁶⁸ La idea no es nueva; ya Hobbes había localizado el fundamento del derecho en la voluntad del Leviatán, y Bentham, en su obra *Of Laws in General*, desarrolló una teoría imperativa del derecho cuyos conceptos centrales son también los de *sovereign* y *command*. Cfr. Solar Cayón, José Ignacio, “Dos visiones de la soberanía...”, *cit.*, p. 497.

³⁶⁹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, p. 37.

³⁷⁰ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, *cit.*, p. 64.

Recordemos que la fuente en el derecho de Estados Unidos, la base de toda deducción, es el *common law* clásico: las decisiones inglesas y los precedentes de los siglos XVII, XVIII y la primera mitad del XIX.³⁷¹

El encargado de esa tarea titánica sería Christopher Columbus Langdell, figura emblemática para la ciencia jurídica en Estados Unidos. Langdell, nombrado decano de la Escuela de Derecho de Harvard en 1870, consideraba al derecho como un sistema de principios. Su deseo es convertir al derecho en una ciencia, cuyas verdades fueran tan transparentes como las de la geometría. Parte de la premisa de que el *common law* representaba un cuerpo normativo completo; no obstante, era necesario sistematizar el vasto número de decisiones judiciales de tal modo que el *common law* fuese una unidad manejable: un sistema normativo autorreferente.

Para la década de 1870, fecha que podríamos considerar de inicio de esta época clásica o *Classical Legal Thought*,³⁷² el orden jurídico norteamericano había experimentado una transformación radical. El derecho se entendía ahora como un instrumento de las aspiraciones individuales o, simplemente, el reflejo de la organización económica y política existente.

El juez era un aplicador del derecho; las técnicas del razonamiento jurídico habían de estar regidas por los esquemas de la lógica formal. El orden jurídico se concibe como un orden racional, sistematizado y separado de la política, de la moral y de cualquier otro elemento no proveniente del derecho positivo. Se sostiene la idea de que los jueces obtienen sus sentencias mediante un silogismo cuya premisa mayor está en las leyes y cuya premisa menor se extrae de los hechos comprobados en un litigio. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida.³⁷³

Recordemos que desde *Marbury vs. Madison* se había instaurado la *judicial review*. Sin embargo, en la América del siglo XIX junto al dogma que sostenía la existencia de principios generales del derecho, subsistía el dogma de la división de poderes. Esto se tradujo en una interpretación deferente de las normas emanadas del Legislativo.

³⁷¹ Así lo señala Pound: "With us the basis of all deduction is the classical common law —the English decisions and the authorities of the seventeenth, eighteenth and first half of the nineteenth centuries". Pound, Roscoe, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (1)", *Harvard Law Review*, vol. XXIV, núm. 8, 1911, p. 601.

³⁷² El término *Classical Legal Thought* fue acuñado por Kennedy, D., "Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: the Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940", *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980, pp. 3-24.

³⁷³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 20.

No obstante, los jueces tenían muy claro los límites que la legislación no podía sobrepasar: los *vested rights*,³⁷⁴ de hondas raíces históricas, se concebían como últimos bastiones de la libertad individual.

Tras la incorporación de la enmienda XIV, en 1868, las doctrinas del derecho natural se entendieron cristalizadas en la cláusula del debido proceso o *due process of law*. El *Classical Legal Thought* tuvo entre sus pilares ideológicos precisamente a la doctrina que se formó alrededor de la cláusula. La cláusula, aunque tiene sus raíces en la carta magna,³⁷⁵ es en el *Classical Legal Thought* donde cobra su significación sui generis: No toda ley por el hecho de haber sido aprobada por el Legislativo en el ámbito legítimo de sus competencias superaba ciertas exigencias de carácter sustantivo.

A esto se le denominó la doctrina del *substantive due process*, doctrina que se erigió como un instrumento idóneo para expurgar aquellas leyes que se consideraban fuera del orden esencial implícito en el paradigma clásico. Aunque tiene sus raíces en la tradición del derecho natural, no se apela ya a principios superiores de justicia a los que debiera ajustar el derecho positivo.³⁷⁶ La influencia de la doctrina de los derechos naturales es ahora “más sutil y silenciosa”.³⁷⁷

Debemos insistir en que en aquella época el derecho mejor afianzado en la doctrina judicial y en toda la idiosincrasia norteamericana era el derecho a la propiedad; influencia directa de Locke. Si la propiedad había sido entendida como un derecho natural, y estaba protegido por el texto

³⁷⁴ Los *vested rights*, en el acervo jurídico norteamericano, aluden a la idea de que existen determinados derechos que una vez adquiridos por un individuo particular bajo un determinado orden jurídico no pueden ser posteriormente alterados ni cercenados. Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal...*, cit., pp. 44 y ss.

³⁷⁵ El concepto *due process of law* se traduce al castellano como debido proceso legal o simplemente debido proceso, y deriva del *law of the land* inglés. La Carta Magna, después de establecer límites a las facultades del soberano —como la prohibición de confiscación de los instrumentos de labranza al “villano o al esclavo”— en su artículo 39 declaró que “ningún súbdito fuese desterrado ni molestado de cualquier otro modo, ya en su persona, ya en sus bienes, a no ser por juicio de sus iguales, y con arreglo a las leyes del país (*vel per legem terrae*)”. No fue sino hasta 1354, al ser reexpedida la Carta Magna por el rey Eduardo III, cuando aparece la expresión inglesa *due process of law*. Véase Lolme, Juan Luis de, *La Constitución inglesa, comparada con los orígenes republicanos y monárquicos de Europa*, Madrid, Imprenta de Sanchiz, 1847. Véase también Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, cit., pp. 183-193.

³⁷⁶ La doctrina que aludía al derecho natural como fuente del derecho está presidida por *Calder vs. Bull*, 3 U. S. 386 (1798).

³⁷⁷ Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal...*, cit., p. 48.

constitucional, parecía obvio que se entendiera como uno de los *vested rights* de naturaleza inviolable.³⁷⁸

El ejercicio de la *judicial review* no fue muy polémico mientras se aplicó de manera excepcional, situación que cambiaría tras la guerra civil: los tribunales empiezan a usar la cláusula del *due process* para sustentar la inconstitucionalidad de la legislación; se inicia el debate doctrinal sobre la legitimidad de la *judicial review*,³⁷⁹ de ahí que en esta época la Corte enfatizó la importancia de los derechos económicos, declarando inconstitucional la legislación que restringía la libertad contractual. En definitiva, el derecho estaba muy vinculado con la teoría liberal del *laissez faire*,³⁸⁰ donde la intervención estatal debía limitarse.³⁸¹ De hecho, el pensamiento jurídico de la época del *Classical Legal Thought* llevado al terreno de las interpretaciones de la Corte Suprema se ha denominado *Laissez-Faire Constitutionalism*,³⁸² época del siglo XIX en la que los tribunales incorporaron los principios del *laissez-faire* al ámbito constitucional.

A mediados del siglo XIX en Norteamérica nos encontramos ante una concepción marcadamente estática del *common law*: un cuerpo sistemático de principios y de normas jurídicas, que era extraído por el jurista mediante un ejercicio de la voluntad, sometido a reglas lógicas, a partir del cual se podía resolver todo problema jurídico. Una vez hallados los principios y las categorías básicas que constituyen el “armazón del sistema”, el jurista sólo tendrá que identificar anomalías.³⁸³

El *Classical Legal Thought* representa, más que una mera teoría, una mentalidad compartida por la mayoría de la pléyade de juristas de la

³⁷⁸ Solar Cayón afirma que la doctrina del *substantive due process* tiene sus orígenes en la idea de los *vested rights*. *Ibidem*, pp. 44 y ss.

³⁷⁹ Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, cit., p. 202.

³⁸⁰ *Laissez faire* significa, entre otras cosas, libertad de empresa comercial interna y libertad de comercio internacional: el universo funciona automáticamente debido a un impulso interno que está dentro de él. Cfr. Herreras, Armando, *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*, México, Limusa, 1995, p. 117. Puesto que para los fisiócratas del siglo XVIII la agricultura era el único medio para producir riqueza, las medidas mercantilistas dirigidas a fomentar la industria eran inútiles. Contra ellas lanzaron el grito de guerra de *laissez faire, laissez passer*. Roll, Eric, *Historia de las doctrinas económicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 124.

³⁸¹ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, cit., p. 14.

³⁸² Mayer, David N., “The Jurisprudence of Christopher G. Tiedman a Study in the Failure of Laissez Faire Constitutionalism”, *Missouri Law Review*, vol. 55, p. 94.

³⁸³ Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 66.

época. Sus raíces se encuentran en la ideología del constitucionalismo norteamericano.³⁸⁴ Su paradigma fundamental, señala Solar, fue “la afirmación de la autonomía del dominio jurídico frente a las posibles interferencias procedentes de otros órdenes y, especialmente, su separación respecto del dominio de la política”.³⁸⁵ La noción generalizada de aquellos tiempos era que la intromisión del Estado en la vida de los individuos debía ser mínima, en otras palabras: a los individuos debía de dejárseles actuar tan solos como fuera posible.³⁸⁶

La influencia de filósofos de la época fue determinante. Herbert Spencer, en su obra *Estadística social*, señala: “todo hombre es libre de hacer todo lo que él desee, con tal de que no infrinja la igual libertad de ningún otro hombre”.³⁸⁷ Aunque en realidad nadie tomó al pie de la letra los principios de Spencer, para todos los pensadores afines al *laissez-faire* la libertad contractual y las condiciones de trabajo eran consideradas como cuestiones que no debían ser reguladas por el Estado. En definitiva, la legitimidad en la que se fundamentaba la labor judicial en general, y la institución de la *judicial review* en particular, se vio fortalecida en la época clásica del pensamiento jurídico o *Classical Legal Thought*.³⁸⁸

2. La sentencia *Lochner vs. New York*

La sociedad norteamericana a principios del siglo XX ya no era de tipo rural; se había producido un desarrollo industrial y bancario espectacular, donde aparecen grandes corporaciones, y el capitalismo crece sin ley. Como respuesta, el Congreso comienza a promulgar leyes consideradas por los empresarios como intervencionistas.³⁸⁹

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 60.

³⁸⁵ Véase Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal...*, *cit.*, pp. 17 y ss.

³⁸⁶ Citado por Mayer, David N., “The Jurisprudence of Christopher G. Tiedman. A Study in the Failure of Laissez Faire Constitutionalism”, *cit.*, p. 94, nota 1.

³⁸⁷ Sobre la influencia de Spencer véase Hofstadter, W. N., *Social Darwinism in American Thought*, Boston, Beacon Press, 1992.

³⁸⁸ Sobre esto véase Siegel, Stephen A., “Historical in Late Nineteen Century Constitutional Thought”, *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 1431-1548, y Mayer, David N., “The Jurisprudence of Christopher G. Tiedman. A Study in the Failure of Laissez Faire Constitutionalism”, *cit.*

³⁸⁹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, pp. 163 y 164.

Desde el punto de vista jurídico, la defensa de los empresarios se fundamentó en la cláusula de comercio³⁹⁰ (artículo 1o., sección 8a., párrafo 3o., de la Constitución federal) y en la cláusula del debido proceso (V y XIV enmiendas). La cláusula XIV, que como tuvimos oportunidad de señalar tiene raíces en el *common law*, tuvo en sus comienzos un sentido procesal, pero a principios del siglo XIX se comienza a concebir como una garantía sustantiva de algunos derechos de propiedad.

La relación de trabajo era entendida por el derecho como una mera relación privada de compraventa: “El patrimonio del hombre pobre descansa en la fuerza y la destreza de sus manos, e impedirle emplear éstas de la manera que estime adecuada, sin dañar a su vecino, es una clara violación a su más sagrada propiedad”. Así lo estableció la Corte de Apelaciones de West Virginia en 1889, con la sentencia *State vs. Goodwill*,³⁹¹ invalidando así una ley que pretendía obligar a las empresas mineras y de manufacturas a pagar sus salarios en dinero, y no en vales o pagarés como era usual.

La libertad contractual fue entendida desde *Allgeyer vs. State of Luoisiana*,³⁹² como ilimitada. Se entendía protegida por la enmienda XIV:

La libertad mencionada en esta Enmienda, significa no sólo el derecho del ciudadano a estar libre de cualquier coacción física sobre su persona, como el encarcelamiento, sino que se considera que el término abarca el derecho del ciudadano a ser libre en el disfrute de todas sus facultades; a ser libre para utilizarlas de cualquier manera legal; para vivir y trabajar donde quiera; para ganarse la vida mediante cualquier profesión legal; para perseguir cualquier medio de vida u ocupación; y para hacer todos los contratos que puedan ser adecuados, necesarios y esenciales para llevar a una exitosa conclusión a los objetos anteriormente mencionados.³⁹³

³⁹⁰ La cláusula de comercio expone: “El congreso tendrá la potestad... para regular el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diversos Estados, y con las tribus indias”. Se discutía si era el Congreso Federal o los congresos locales los que debían regular el comercio interestatal. La Constitución no establece de forma precisa las facultades para legislar en la materia; ha sido la Corte quien se ha encargado de establecerlas casuísticamente. Sobre la cláusula de comercio, véase Borrajo Iniesta, Ignacio, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.*, Alcalá, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.

³⁹¹ *State vs. Goodwill*, 33, W. Va. 179 (1889), p. 186.

³⁹² 165 U. S. 578 (1897). La Corte conoce sobre la constitucionalidad de una ley de Lousiana que prohibía actuar como intermediarios de seguros a empresas que no estuvieran autorizadas para actuar en el Estado.

³⁹³ *Ibidem*, p. 589. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 165.

La Corte Suprema se erige como el principal defensor del *laissez faire* económico. Su presidente, el magistrado Melville Weston Fuller, había decidido sentencias como *Plesy vs. Ferguson*,³⁹⁴ *Pollock vs. Framers*,³⁹⁵ *US vs. E. C. Knight Co.*,³⁹⁶ o *Smyth vs. Ames*.³⁹⁷ Todas estas sentencias protegían la propiedad. Ésos eran los precedentes que la Corte usaba para fundamentar sus fallos, por lo que no se podía esperar una resolución radicalmente diferente bajo la presidencia de Fuller.³⁹⁸

La sentencia *Lochner* tiene sus antecedentes en una ley del estado de Nueva York —*Bakeshop Act*—, que establecía, en 1895, una serie de medidas de carácter higiénico que debían ser aprobadas en la construcción y acondicionamiento de panificadoras. Además, establecía una jornada laboral máxima de diez horas para los empleados de dicha rama. Pues bien, Joseph Lochner, propietario de una panadería, fue sancionado por hacer trabajar a uno de sus empleados más del tiempo permitido por la norma. *Lochner* pierde el litigio en los tribunales del estado. El asunto llega a conocimiento de la Corte Suprema, que revisa la constitucionalidad de la ley.³⁹⁹ En 1905 la Corte declara: “el derecho de una persona a vender su trabajo en tales términos como estime oportuno es, en esencia, el mismo que el derecho del adquirente de ese trabajo a prescribir las condiciones en las que aceptará tal trabajo de la persona que ofrece su venta”. Lo mismo es señalado más tarde en la sentencia *Adkins vs. Children's*,⁴⁰⁰ la Corte Suprema considera que “en principio, no puede haber

³⁹⁴ 163 U. S. 537, 559 (1896).

³⁹⁵ 158 U. S. 601 (1895). En ella se declara inconstitucional el impuesto federal sobre la renta. Se trataba de un impuesto del 2% a los ingresos de más de 4000 dólares anuales.

³⁹⁶ 156 U. S. 1 (1895). La Corte Suprema limitaba severamente la aplicación de la ley *Sherman Antitrust Act* de 1890, que fue el primero de los intentos de las autoridades federales por reglamentar el crecimiento industrial y comercial, por entonces dominado por los monopolios y oligopolios.

³⁹⁷ 169 U. S. 466 (1898). La sentencia señalaba que los impuestos estatales a las empresas ferroviarias eran inconstitucionales por ser contrarios a la enmienda decimocuarta.

³⁹⁸ Ely, James W. (revisado por Thomson, James A.), “Swimming in the Air: Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910”, *Cumberland Law Review*, vol. 27, 1996-1997, p. 141.

³⁹⁹ El antecedente directo de *Lochner* era *Holden vs. Hardy* 169 U. S. 366, 380 (1898). En esta sentencia la Corte Suprema consideró constitucional una ley de Utah de 1896 que regulaba la jornada máxima de trabajo para los mineros. Otros dos casos están relacionados con *Lochner* y *Holden vs. Hardy*; *Powell vs. Pennsylvania* 127 U. S. 678 (1888) y *Mugler vs. Kansas* 123 U. S. 623 (1887).

⁴⁰⁰ *Adkins vs. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923), p. 558. Citado por Solar Cañón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal*, cit., p. 66.

diferencias entre un caso de venta de trabajo y un caso de venta de mercancías”. Cualquier intervención legislativa a favor de una de las partes en una relación de trabajo suponía quebrantar el deber de imparcialidad que correspondía al poder político.

En lo sucesivo, la enmienda XIV se interpretó de una forma cada vez más sustantiva: nadie podía ser privado de la vida, la libertad y la propiedad al margen de los principios de justicia y de razón propios del *common law*.⁴⁰¹ En *Adair vs. United States*,⁴⁰² sentencia de 1923, se estudia la constitucionalidad de una ley del Congreso federal del 10. de junio de 1898 que prohibía la utilización por parte de las compañías ferroviarias de los denominados *yellow dog contracts*, cláusula por la que los empresarios se negaban a contratar obreros sindicalizados, y se reservaba el derecho a rescindir los contratos en caso de afiliación a los sindicatos.

La decisión *Lochner* contraviene el sentir de la época. La animosidad hacia la Corte no se hará esperar: la resolución será vista como un error que debe remediarse. Para algunos, la solución está en olvidarse de los derechos sustantivos que, como el de la igualdad, son tan polémicos que nunca podremos ponernos de acuerdo.⁴⁰³

3. *Jurisprudencia pragmática-instrumental*

A finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX se generan grandes cambios en la concepción del derecho en Norteamérica. Se vive en la época de la razón. En Inglaterra, John Chipman Gray (1839-1915) desenmascara la doctrina de Hale⁴⁰⁴ y Blackstone, según la cual los jueces se limitaban a aplicar las normas existentes.

⁴⁰¹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 165.

⁴⁰² *Adair vs. United States*, 208 U. S. 161 (1908), p. 174. Véase Darling, Charles R., “Adair Case”, *American Law Review*, vol. 42, 1908, pp. 884-890.

⁴⁰³ Esa es la visión de John Hart Ely en *Democracia y desconfianza*. El miedo de Ely es enfrentarse a una discusión metajurídica; por eso resuelve negando la posibilidad de que el juez conozca sobre derechos sustantivos. Más adelante tendremos oportunidad de ahondar en el tema.

⁴⁰⁴ Hale, en su obra *The History of Common Law*, de 1779, había formulado la teoría declarativa del *common law*. Cfr. Iturralde Sesma, Victoria, *El precedente en el common law*, cit., p. 26; Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 46 y 47; Siegel, Stephen A., “John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought”, *Iowa Law Review*, vol. 86, 2000-2001, pp. 1513-1599.

En Norteamérica, Holmes publica, en 1897, el que se convertiría en una de las publicaciones más citadas de toda la literatura jurídica norteamericana: *La senda del derecho* o *The Path of the Law*.⁴⁰⁵ El artículo revoluciona el derecho norteamericano. En éste Holmes cuestiona la apariencia lógica de las decisiones judiciales.

Se inicia así la teoría pragmática-instrumental del derecho.⁴⁰⁶ Según los seguidores de esta teoría, la actividad jurisdiccional no se desarrolla de acuerdo con los esquemas de la lógica formal, como se sostenía en la época clásica. Este punto de vista se convirtió, en las décadas de los años veinte y treinta, en el movimiento intelectual del “realismo jurídico”.

La idea central de Holmes es utilizada por Cardozo para conformar su teoría de la jurisprudencia sociológica.⁴⁰⁷ En 1921, en una serie de conferencias (William L. *Lectura Series*) dictadas en la Universidad de Yale, New Haven, Connecticut, Cardozo refuta la idea del juez como mero aplicador del derecho y de la sentencia como un silogismo judicial.⁴⁰⁸ En una sentencia del mismo año señalaba:

¿En dónde encuentra el juez el derecho que incorpora en su sentencia? Hay veces en que la fuente es obvia. La norma que se ajusta al caso puede ser suministrada por la Constitución o por la ley. Si es así el juez no mira más allá. Una vez establecida la correspondencia, su deber es obedecer... Si la analogía y la lógica se enfrentan con consideraciones de justicia y equidad siempre tendrán mayor peso las últimas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ Wendell Holmes, Oliver, *La senda del derecho*, cit. El ensayo, que fue publicado por primera vez como *The Path of the Law* en la revista *Boston Law School Magazine*, vol. 1, núm. 4, 1896-1897, pp. 1-17, recoge una conferencia que Holmes pronunció en 1897 para la inauguración de un nuevo edificio en la Universidad de Boston.

⁴⁰⁶ Con el término de “pragmática-instrumental”, Magaloni, siguiendo a R. Summers, busca abarcar la teoría pragmática de Holmes, la jurisprudencia sociológica de Cardozo y las ideas del realismo jurídico de Llewellyn, Frank, Cook, entre otros. Magaloni Kerpel, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema jurídico norteamericano*, cit., p. 1. Los realistas escribían desde las facultades de derecho de Yale y Columbia, en contra de la tradición formalista, que solía relacionarse con el “tradicional” predicamento de Harvard. Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico*, cit., p. 316, nota del traductor.

⁴⁰⁷ Roscoe Pound, alumno en la Universidad de Harvard del profesor Gray, llamó a la teoría de Cardozo “jurisprudencia sociológica”, y que se refería al estudio cuidadoso de las instituciones jurídicas como procesos sociales.

⁴⁰⁸ Más tarde, las conferencias de Cardozo se publicarían como *The Nature of the Judicial Process*. Existe traducción al español: Cardozo, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, cit.

⁴⁰⁹ Sentencia *Jacob & Young, Inc. vs. Kent*, 230, N.Y., 243, 129, N. E., en 891 (1921).

Cardozo se sitúa entre las ideas extremas de aquellos que sostenían que el juez no legislaba en absoluto: una norma preexistente estaba siempre presente, incrustada en el cuerpo del derecho consuetudinario (idea ortodoxa), y las ideas de aquellos que como Gray sostenían que el derecho es lo que los jueces declaran. Hoy, cualquier jurista en Estados Unidos reconoce que el *common law* es un derecho de creación judicial; por eso, le corresponde a los jueces, y sólo a ellos, ir adaptando su contenido al ritmo de los cambios sociales.⁴¹⁰ Aunque las ideas del pragmatismo instrumental tienen su génesis a finales del siglo XIX, tardarán mucho en cambiar la realidad jurídica de Norteamérica: habrían de lucharse muchas batallas antes de que eso sucediera.

4. *El cambio de paradigmas en el derecho norteamericano*

Analicemos ahora el contexto histórico del primer tercio del siglo XX. En los Estados Unidos se vivían años críticos: la Gran Depresión, que comenzó con la quiebra del mercado de valores, afectó a prácticamente todos los sectores de la economía. Las fábricas redujeron la producción; la construcción prácticamente cesó; millones de inversores perdieron sus ahorros y más de cinco mil bancos cerraron sus puertas en los primeros tres años de la depresión. La crisis afectó también al campo: las granjas redujeron sus ingresos drásticamente, que pasaron de 15.5000 millones en 1920 a 5,500 millones en 1932. El comercio exterior bajó en tres años de 9 mil millones a 3 mil millones. El desempleo ascendió a niveles estratosféricos.⁴¹¹

Como siempre, los más perjudicados resultaron ser las minorías, ya de por sí pauperizadas. Los negros, se decía, eran “los últimos contratados, los primeros despedidos”. Para paliar la crisis, el presidente Hoover redujo los impuestos, fomentó una política de crédito fácil. Sin embargo, las ayudas a los más pobres se confiaron al voluntarismo. Hoover sostenía que no necesitaba de ayuda federal y que las fuentes tradicionales, la

⁴¹⁰ Magaloni, Ana Laura, *El juez norteamericano ante la ley...*, cit., p. 134, nota. 10. La polémica versa sobre si deberían seguir siendo ellos los que tengan al última palabra sobre casos difíciles o debiera ser el legislador. Recordemos que Dworkin es el autor que con más fuerza ha defendido la labor del legislador como último intérprete. Su tesis principal puede leerse en Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, véase también Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit.

⁴¹¹ Sobre la gran depresión véase Eliot Morison, Samuel et al., *Breve historia de los Estados Unidos*, cit., pp. 718 y ss.

caridad privada y los gobiernos locales serían suficientes para aliviar la miseria. No fue así; las políticas del presidente poco sirvieron para terminar con los males. La ruina llegó después de la violencia de su gobierno sobre el “ejército de bonos”, veteranos de la primera Guerra Mundial que pedían el pago inmediato de sus bonos. El descontento provocó el triunfo de las elecciones presidenciales de Franklin D. Roosevelt.

Bajo la presidencia de Rossevelt se implantaron medidas de emergencia, como la devaluación del dólar o la promulgación de leyes para controlar las acciones de los bancos y dar confianza al ahorrador. La Ley Glass-Steagall, de junio de 1933, por ejemplo, estipulaba la creación de una “corporación de seguros de depósito federal” que aseguraba los depósitos hasta una suma fija. Por cierto, gran parte de esta legislación fue reflejo de la influencia de los partidarios del juez Brandies: Félix Frankfurter, de la Escuela de Derecho de Harvard, así como de Benjamín Cohen y Thomas Corcovan.

Se promulga la Ley Nacional de Recuperación Industrial en junio de 1933. Para hacer cumplir la ley, Roosevelt estableció la Administración de la Recuperación Nacional nombrando al general Hugh Jonson a la cabeza. Se otorgó ayuda al campo y a la industria. Se creó la Administración Federal de Alivio de Emergencia (FERA).⁴¹² Para 1934, uno de cada seis norteamericanos gozaban de alguna ayuda pública. Los negros bajo el gobierno de Rossevelt recibieron gran parte de los empleos de ayuda; una tercera parte de las unidades federales de alojamiento, y obtuvieron nombramientos a importantes cargos nacionales.⁴¹³

5. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el New Deal

La puesta en marcha de las políticas de Roosevelt no encontró un camino expedito. La Corte Suprema que halló Roosevelt en 1933 estaba presidida por Evans Hughes, a quien acompañaban los denominados jinetes (*horsemen*): McReynolds, Butler, Van Devanter y Sutherland, que

⁴¹² Roosevelt autorizó que la Administración de Trabajos Sociales o Civil Works Administration (CWA) proporcionara ayuda a la gente durante el invierno de 1933-1934: “Ninguna organización del *New Deal* fue más generosa ni mejor recibida que la CWA”. Véase Patterson, James, *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América. 1900-1985*, traducción de Teresa Casado Rodríguez, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 92.

⁴¹³ Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, cit., p. 723.

representaban la rama opositora del nuevo presidente, y por Cardozo, Brandeis y Stone, dispuestos a apoyar la política del *New Deal*.⁴¹⁴

No todo en la Corte era contrario a las políticas sociales. En 1934, la sentencia *Home Building & Loan Assn. vs. Blaisdell*⁴¹⁵ declaró constitucional una ley de Minnesota de 1933 que concedía a los deudores hipotecarios una moratoria y condiciones de flexibilidad en los pagos, prohibiendo la ejecución forzosa de las sentencias condenatorias en contra de los deudores. En la sentencia *Nebbia vs. New York*⁴¹⁶ de 1934 se declaró constitucional la Ley de Nueva York de Control de Leche, que establecía normas de racionamiento y precios fijos. Por otra parte, con las sentencias *Perry vs. U. S.*,⁴¹⁷ y *Norman vs. Baltimore & Ohio Railroad*⁴¹⁸ se refrendó la interrupción de pago de títulos de deuda pública y la no convertibilidad del dólar en oro.

Sin embargo, el descontento de un sector de la propia Corte provocó que varios casos posteriores se resolvieran en contra de la administración. En 1935, en la sentencia *Louisville Joint Stock Land Bank vs. Radford, Humprey's Executor vs. U. S.*,⁴¹⁹ se declaró inconstitucional una ley de hipotecas similar a *Home Building & Loan Association vs. Blaisdell*. Con las sentencia *Shechter vs. U.S.*⁴²⁰ se declaró inconstitucional una parte sustantiva de la Ley de Recuperación Industrial en lo que llamó “una inapropiada delegación de poder”. La sentencia se fundamenta en la inconstitucionalidad de la delegación de funciones. El juez Charles Evans Hughes escribió que “las condiciones extraordinarias no crean ni aumentan el poder constitucional”. El Congreso “no puede delegarle facultades legislativas al presidente para ejercitar una discrecionalidad irrestricta de hacer las leyes que él considera que pueden ser necesarias”.⁴²¹

⁴¹⁴ Sobre la relación entre el *New Deal* y la Corte Suprema véase sobre todo Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, *cit.*”, pp. 504-555; Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, pp. 214-240. Véase también Lucas Verdú, Pablo, “Estado liberal de derecho y Estado social de derecho”, *Derecho*, Madrid, t. II, núm. 3, 1955.

⁴¹⁵ 290 U. S. 398 (1934).

⁴¹⁶ 291 U. S. 502 (1934). El control de precios, señaló la Corte, no representan una “arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant”.

⁴¹⁷ 294 U. S. (1935).

⁴¹⁸ 294 U. S. 240 (1935).

⁴¹⁹ 295 U. S. 555 (1935).

⁴²⁰ 295 U. S. 495 (1935).

⁴²¹ Véase Corwin, E. S., “The Schechter Case-Landmark, or What?”, *New York University Law Quarterly Review*, vol. 13, 1936, pp. 151-190, y Bianchi, Alberto B., *Juris-*

En *United States vs. Butler*⁴²² se declaró inconstitucional la Ley de Ajuste Agrícola (*Agricultural Adjustment Act*), por lo que un juez consideró “interpretación tortuosa de la Constitución”. La ley establecía medidas tributarias que tenían como objeto la distribución de la renta agraria e incentivaban los recortes de producción con el fin de estabilizar los precios. La decisión causó resquemor en el ámbito académico.⁴²³ En la sentencia *Carter vs. Carter Coal Company*⁴²⁴ se declaró inconstitucional la Ley del Carbón Bituminoso (*Bituminous Coal Conservation Act*), por considerarse que la minería era un asunto local.⁴²⁵

Roosevelt, que había arrasado en los comicios para su reelección de 1936, obtuvo el margen a favor más grande que cualquier candidatura presidencial desde el presidente Monroe. El Partido Republicano se retiró al Poder Judicial, que se consolidó como último bastión. La reacción de Roosevelt no se hizo esperar; amenazó con buscar la aprobación de una enmienda constitucional que diera carta blanca a su política, pero tras convencerse de su difícil aprobación en el Congreso presentó la *Court Packing Plan*, un proyecto de ley que pretendía autorizar al presidente a tomar ciertas medidas sobre la organización judicial.⁴²⁶

El plan causó gran polémica. Sin embargo, parece haber minado en las conciencias de los jueces; antes de que el proyecto de ley entrara a ser discutido, la Corte decidió el caso *West Coast Hotel vs. Parrish*,⁴²⁷ de 1937.

dicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, pp. 71 y 81.

⁴²² *United States vs. Butler et al.*, 297 U. S. (1936).

⁴²³ Véase, por ejemplo, la siguiente nota editorial de la época: Donley, Robert, “The AAA decision. The Editorial Note”, *West Virginia Law Quarterly*, vol. 42, 1935-1936, pp. 141-145.

⁴²⁴ 298 U. S. 238 (1936).

⁴²⁵ La sentencia no invoca la libertad contractual, razón para invalidar los salarios mínimos establecidos por las normas federales. Sobre esto véase Cushman, Barry, “The great depression and the New Deal”, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁶ El proyecto de ley estipulaba la facultad del presidente de remover los jueces mayores de setenta años, llevaran más de diez años en funciones y no hubieran dimitido o retirado en los seis meses siguientes. Seis de los nueve jueces se encontraban en el perfil previsto. Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940”, *cit.*, p. 541, nota 167. Sobre la *Court Packing Plan* véase Leuchtenburg, William E., “The Origins of Franklin D. Roosevelt’s Court-Packing Plan”, 1966, *Supreme Court Review*, 1966, pp. 347-400. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, *cit.*, p. 19, nota 5.

⁴²⁷ 300 U. S. 379 (1937). Se reconocía que la protección del bienestar de los ciudadanos y los de la comunidad justificaban el ejercicio de poderes del Estado.

En la sentencia, la Corte refrendaba la constitucionalidad de una ley que establecía un salario mínimo para las mujeres. Poco después se dictó la sentencia *Labor Borrad vs. Jones & Laughlin*,⁴²⁸ que consideró constitucional la National Labor Relations Act, conocida como Ley Wagner. Mas tarde, en la sentencia *Stewart Machine Company vs. Davis*⁴²⁹ se consideró constitucional la Social Security Act, ley que incentivaba fiscalmente a los empleados para contratar a desempleados.

Aunque la posición del presidente de la Corte, Evans Hughes, y el magistrado Roberts parecían haber moderado sus opiniones, el verdadero giro se dio con el retiro de tres de los jueces conservadores (así como de Brandies y Cardozo), y el nombramiento de la “nueva orden”: Hugo Black Lafayet (1937), Stanley Forman Reed (1938), Felix Frankfurter (1939), Douglas William Orville (1939) y Frank Murphy (1940),⁴³⁰ quienes eran más condescendientes con las políticas del *New Deal*.

En 1941 se inició una nueva era en la Corte,⁴³¹ se elevó a Harlan Fiske Stone a *Chief Justice*⁴³² y se nombró a los jueces James Francis Byrnes y Robert Houghwout Jackson miembros de la Corte.⁴³³ Ese mismo año la Corte refrendó las acciones del *New Deal* y declaró la constitucionalidad de la Fair Labor Standards Act de 1938 con la sentencia *U. S. vs. Darby*.⁴³⁴ En 1942 la sentencia *Wickard vs. Filburn*⁴³⁵ ratificó la constitucionalidad de la Agricultural Adjustment Act, de 1938. La propiedad dejó de ser el derecho constitucional por excelencia; los derechos sociales se abren paso.⁴³⁶

⁴²⁸ 301 U. S. 1, 25-28 (1937).

⁴²⁹ 301 U. S. 548 (1937).

⁴³⁰ Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, cit., pp. 70-71, y Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The New Deal, 1931-1940”, cit., pp. 506 y 507.

⁴³¹ Currie, David, “The Constitution in the Supreme Court: The Second World War: The Preferred-Position Debate, 1941-1946”, cit., p. 1.

⁴³² El nombramiento del nuevo *chief justice* es importante, pues el liderazgo de Harlan en la defensa los derechos civiles es destacable.

⁴³³ El presidente nombró, entre 1937 y 1941, a los nueve jueces que componen la Corte Suprema en los Estados Unidos, un suceso sin precedentes desde la integración de la Corte primigenia del presidente Washington. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 221.

⁴³⁴ 312 U. S. 100 (1941).

⁴³⁵ 317 U. S. 111 (1942).

⁴³⁶ En Europa el cambio del Estado liberal al modelo de Estado social de derecho se había venido produciendo desde finales del siglo XIX. En el ámbito de bienestar, señala Sánchez-Barba, los Estados Unidos habían marchado siempre detrás de Europa. Hernán-

6. *El realismo jurídico en la Corte Suprema de los Estados Unidos*

Vimos que juristas, como Holmes, Cardozo o Pound comenzaron a desafiar el modelo formalista imperante; sin embargo, la definitiva “demolición” de la concepción jurídica dominante, así como el planteamiento alternativo original, vendría de la mano del realismo jurídico.⁴³⁷ Este movimiento se inicia con el artículo de Llewelyn: “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”.⁴³⁸ El derecho, que se había entendido como una entidad casi mística, debía transformarse en un producto humano, diseñado para conseguir las finalidades buscadas por la sociedad.

Los principios individualistas son cuestionados por Jerome Frank;⁴³⁹ sobre ellos estaba fundamentado el *common law*: la situación había cambiado, aquellos principios del *laissez-faire* no ofrecían soluciones a los problemas de la sociedad de la época; sin embargo, la Corte Suprema se-

dez Sánchez-Barba, Mario, *Historia de Estados Unidos de América. De la República burguesa al poder presidencial*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 319-347. Para Marian Ahumada, la Corte estaba abandonando la doctrina del gobierno limitado, y se inauguraba una época de *laissez faire for legislators* en materias de carácter social y económico: “Para lo sucesivo, los límites que la Constitución impone a un gobierno central legítimamente activista son otros”. Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, cit., p. 206.

⁴³⁷ Sobre el realismo jurídico nos basamos principalmente en Recaséns Siches, Luis, “El pensamiento jurídico anglosajón y el europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 23, 1965, pp. 169-193; id., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980; Solar Cayón, José Ignacio. *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 60 y ss.; Giuliani, Alessandro, “Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana”, cit., pp. 215-308; Bayón Mohino, Juan Carlos, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano. Una reinterpretación”, en Yágüez, Ángel R., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Cantabria, Universidad de Cantabria, 2003.

⁴³⁸ Llewelyn, Karl N., “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1930-1931, pp. 1222-1265, es la respuesta al ensayo: Pound, R., “The Call for a Realist Jurisprudence”, vol. XLIV, núm. 5, 1931, pp. 697-711. Pound critica lo que considera planteamientos radicales del grupo.

⁴³⁹ La importancia de Jerome Frank para el derecho contemporáneo sería difícil de exagerar. Como pionero del movimiento realista, cimienta muchas de las corrientes jurídicas de la actualidad. De ahí que sorprenda la casi inexistencia de traducciones al castellano de su obra, sólo dos (Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, traducción de Carlos M. Bidegain, México, Distribuciones Fontamara, 1993, y Frank, Jerome, *La influencia del derecho europeo continental en el “common law”*. *Algunas reflexiones sobre el derecho comparado y contrastado*, traducción de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1957). Tradicionalmente se ha considerado a Jerome Frank como un extremista, quizá el libro de Solar Cayón ayude a matizar esta idea. Solar hace énfasis en la incomprensión de la obra de Frank.

guía defendiendo la propiedad y la libertad contractual; según las concepciones jurídicas de la época, las acciones gubernamentales estaban destruyendo los derechos de propiedad.⁴⁴⁰

El realismo desenmascara la “lógica” judicial con la que trabajaban los jueces. Jerome Frank, en su obra más importante, *Law and the Modern Mind*, deja claro que los fundamentos jurídicos del juez no son sino una vía a posteriori que justifica la previa decisión que toma el juez guiado por intuiciones personales.⁴⁴¹ Sólo el juez tiene la facultad de establecer su significación. Para él, el derecho no es otra cosa que las decisiones judiciales.⁴⁴²

Jerome Frank, el profesor que con Llewellyn comenzara el movimiento realista, fue nombrado consejero general de la Agricultural Adjustment Administration, uno de los principales centros impulsores de reformas dentro del ambicioso programa del *New Deal*.⁴⁴³

⁴⁴⁰ “...it was depriving labor of the common law right to competitive for jobs at low wages; it was invading the accepted domain of great business organizations; it was violating the fundamental legal basis for taxation; it was abandoning the conception of liberty itself but up by the Constitution and the Common Law”. Thurman, Arnold, “Judge Jerome Frank”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 24, 1956-1957, p. 636.

⁴⁴¹ Cfr. Jerome, Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, Peter Smith, 1970, p. 108. Sobre esto véase Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 106. Jerome va en contra del pensamiento de su época, donde prima todavía la concepción silogística, que suponía la operación mecánica por la cual supuestamente el juez llegaba a sus conclusiones. Para él, la norma jurídica está indeterminada; esta indeterminación es consecuencia del carácter ambiguo e impreciso del lenguaje. Frank, Jerome, “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947, p. 1263.

⁴⁴² De ahí que defina al derecho con las siguientes palabras: “Para cualquier lego, el derecho con respecto a cualquier conjunto particular de hechos, es una decisión de un tribunal relativa a tales hechos en la medida en que tal decisión afecta a esa persona particular. Hasta que un tribunal haya juzgado aquellos hechos ningún derecho sobre esa materia existe aún. Antes de tal decisión, el único derecho disponible es la opinión de los abogados en cuanto al derecho relativo a aquella persona y aquellos hechos. Tal opinión no es realmente derecho sino solamente un vaticinio en cuanto a lo que un tribunal decidirá. El derecho, entonces, respecto a una situación dada es bien, (a) un derecho real, es decir, una decisión específica en el pasado relativa a esa situación, o (b) un derecho probable, es decir, un vaticinio relativo a una decisión específica en el futuro” (Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*, cit., pp. 50 y 51. La traducción la hemos tomado de Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 86).

⁴⁴³ La labor de Frank en la administración de Roosevelt fue muy activa. En diciembre de 1937 fue designado como uno de los cinco miembros de la Securities and Exchange Commission (el equivalente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores española), de la que en 1939 llegaría a ser presidente. Durante este tiempo Frank participó en la re-

En ese momento la Corte vivió una verdadera revolución: la doctrina norteamericana coincide en reconocer que el *New Deal* representó una transformación en la interpretación constitucional, por lo que algunos autores hablan de un constitucionalismo después del *New Deal*.⁴⁴⁴ La idea de una Corte Suprema con decisiones jurídicas neutrales parecía demostrar que la decisión *Lochner* había sido un error; era un ejemplo de lo que no se debía hacer, y la restricción judicial parecía el nuevo paradigma.

La deferencia al legislador se consideraba el nuevo ejemplo. Holmes había señalado en su artículo “The Theory of Legal Interpretation”, que lo que permite la adaptación de la Constitución a la realidad social es la posibilidad de mantener diferentes posiciones acerca de los preceptos constitucionales:

...no es verdad que en la práctica (y no conozco ninguna razón por la que la teoría deba contradecir los hechos) una palabra dada o incluso una disposición concreta de palabras tenga un significado concreto y no otro. Una palabra tiene generalmente diferentes significados, incluso en el diccionario... Por lo que hay que considerar —agrega— la oración en la que está inmersa para decidir cuál de los significados es el más adecuado al caso particular.⁴⁴⁵

En un famoso libro, Evans Hughes —presidente de la Corte Suprema de 1930 a 1941— señala: “La Corte no debe entrar a decidir cuestiones sobre validez constitucional de la legislación, a menos que estas cuestiones se planteen y tengan que ser necesariamente resueltas”. Evans considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos

dacción de muchos de los proyectos legislativos impulsados por el gobierno federal. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 21.

⁴⁴⁴ Sunstein, Cass R., “Constitutionalism After New Deal”, cit., pp. 421-510; Hershkoff, Helen, “Rights and Freedoms under the State Constitution: A New Deal for Welfare Rights”, *Touro Law Review*, vol. 13, 1996-1997, p. 631.

⁴⁴⁵ Holmes, Oliver Wendell: “The Theory of Legal Interpretation”, *Harvard Law Review*, vol. 12, 1898-1899, pp. 417-421. It is true that in practice (and I know no reason why theory should disagree with the facts) a given word or even a given collocation of words has one meaning and no other. Esta idea es ahora patrimonio del constitucionalismo. Véase por ejemplo Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, cit., pp. 18 y 19. “El carácter incompleto de la Constitución puede deberse a que no sea necesaria una norma constitucional. La Constitución no codifica sino que únicamente regula... aquello que parece importante y que necesita determinación...”. Para Hesse, si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá que permanecer necesariamente “abierto al tiempo”.

interpretaciones distintas, “una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, el deber del juez es adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad”.⁴⁴⁶

La regla de Thayer se consideró sinónimo de respeto por la democracia. Nadie parecía dudar sobre la legitimidad de la libertad del legislador, así como del papel restringido de la Corte. Por ejemplo, para el magistrado Frankfurter, defensor de la teoría del error claro, cuando la Corte se encuentra ante la posible inconstitucionalidad de una ley por vulnerar una cláusula abierta se deberá presumir que la interpretación realizada por el legislador es una de tantas interpretaciones que la cláusula ofrece.⁴⁴⁷ Y es que las Constituciones escritas ofrecen un amplio margen de discrecionalidad, por lo que el veto judicial debe ser ejercido sólo en casos en los que no deja lugar a una duda razonable.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, cit., p. 52. Evans cita la sentencia *United States vs. Delaware & Hudson Co.*, 213 U. S. 366 (1909), como ejemplo de la aplicación del principio que hace presumir la constitucionalidad de la ley. Sobre esto el magistrado Brandeis señala: Ningún principio de nuestra Constitución está tan firmemente establecido como que el que señala que: “al resolver sobre la validez de una ley, esta Corte no puede inquirir los motivos tenidos en cuenta por el Congreso para dictarla”. *Hamilton vs. Kentucky Distilleries & Warehouse*, 251 U. S. 146, 161. (1919).

⁴⁴⁷ Frankfurter, Felix, “John Marshall and the Judicial Function”, *Harvard Law Review*, vol. 69, 1955-1956, p. 229.

⁴⁴⁸ Mendelson, W., “The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, 1978, p. 72. Véase, también, Calabresi, Steven, “Thayer’s Clear Mistake”, *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993-1994, pp. 269-277; Tushnet, Mark, “Thayer’s Target: Judicial Review or Democracy?”, *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993-1994, pp. 9-41, y Byron Gabin, Sanford, “Judicial Review, James Bradley Thayer, and «Reasonable Doubt» Test”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 3, 1975-1976, pp. 961-1014. El magistrado Brandeis, en 1936, establece una serie de principios que a su juicio debían regir la actuación de la Corte Suprema. Uno de esos principios refleja la regla del error claro de Thayer; sin embargo, Brandeis parece más cauteloso al señalar que no es suficiente con que exista una seria duda de constitucionalidad, debe existir una “preponderancia” de elementos de duda para juzgar la constitucionalidad de la ley, es decir, deben existir elementos previos que animen al juez a realizar el examen de constitucionalidad. *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority*. 297 U. S. (1936). Cfr. López Bofil, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant Monografías, 2004, pp. 246 y 247. La doctrina de Thayer ha sido asimilada por el constitucionalismo europeo: “La misión de la justicia constitucional —señala Prieto Sanchís— no es tanto la de precisar la mejor o la única respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables”. Idea que se vincula más a lo que es admisible por la Constitución que a la subsunción de las normas constitucionales, y, por ende, la argumentación constitucional está abierta a consideraciones “valorativas”, “finalistas” y “prudenciales”. Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de*

7. *El juicio de constitucionalidad después de Lochner vs. New York*

Desde los últimos cincuenta años ha existido una relación “simbiótica” entre legitimación constitucional de la era del *New Deal* y un rechazo teórico de las decisiones judiciales de la era *Lochner*. La crítica típica señala que los magistrados expusieron sus propios puntos de vista, sus concepciones personales primaron y no la verdad jurídica. Sin embargo, de un análisis más mesurado de las sentencias de la era *Lochner* se destaca que para la Corte de aquella época lo importante era salvaguardar los derechos que consideraban esenciales: la libertad contractual era una de ellas.⁴⁴⁹

A los ojos de Jerome Frank, como de otros compañeros realistas,⁴⁵⁰ los jueces, aunque sustentan sus resoluciones con argumentos jurídicos, en realidad basan sus fallos en ideologías personales. Las decisiones de la Corte Suprema de la era *Lochner* parecen probar las aseveraciones de Jerome Frank.

Si en la era *Lochner* —sentencia que ahora se considera un error de la Corte—⁴⁵¹ los jueces usaban derechos sustantivos para fundamentar sus fallos, parecía fácil inferir que simplemente aquellos jueces se equivocaron: la Corte no puede imponer su propia ideología, no debe usar el debido proceso sustantivo (*substantive due process*). Los críticos de la sentencia *Lochner* son conscientes de esto; sin embargo, como señalamos en el

Estudios Constitucionales, núm. 9, 1991, p. 177. La presunción de la ley es todavía más fuerte en el ámbito constitucional europeo, señala Enrique Alonso García, más sensible a la crítica de raíz jacobina contra la Constitución. Este es el principio de la interpretación conforme a la Constitución. Cfr. Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 201. Alonso García, Enrique, “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el derecho constitucional norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, 1982. Véase la propuesta Lora Deltoro, Pablo de, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, cit., pp. 49-75. Para él la regla de Thayer debiera ser más estricta “los tribunales constitucionales sólo deberían proceder a la declaración de inconstitucionalidad cuando todos los miembros estuvieran de acuerdo”. *Ibidem*, 50.

⁴⁴⁹ Horwitz, Morton, “Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought”, *William and Mary Law Review*, vol. 29, 1987-1988, p. 62.

⁴⁵⁰ Solar Cayón cita a William Douglas, Thurman Arnold, Herman Oliphant, Wesley Sturges, Walton Hamilton y Félix Cohen. Solar Cayón, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 78.

⁴⁵¹ El error de la sentencia *Lochner*, como una sentencia donde los jueces actúan anteponiendo sus propias preferencias, ha sido sostenida por muchos constitucionalistas. Este fue, por ejemplo, el principal argumento del juez Oliver W. Holmes en su voto disidente en *Lochner*.

capítulo previo, existen otras sentencias, también basadas en un supuesto derecho sustantivo que, al contrario de *Lochner*, son consideradas laudables por los mismos progresistas, entonces ¿cuál es la diferencia entre *Lochner* y, por ejemplo, *Roe vs. Waden*⁴⁵² —donde se reconoce el derecho de las mujeres a abortar—? ¿Cómo justificar el activismo de la Corte sin miedo a que se repitan las sentencias “formalistas” tipo *Lochner*?⁴⁵³

Para la Corte Suprema de la época clásica los criterios lógicos no eran suficientes para considerar que una norma era constitucional o no. Las normas debían cumplir con el debido proceso sustantivo; sin embargo, aquellos derechos considerados tradicionalmente por la Corte como fundamentales estaban relacionados con la propiedad. Se considera que la ley vulneraba la libertad contractual de forma arbitraria, por lo que era contraria a la cláusula del “debido proceso”.

La Corte recuerda la importancia de los derechos económicos, declarando inconstitucional la legislación que restringía la libertad contractual. Al estar desacreditada la práctica de invocar derechos sustantivos como el de propiedad se provoca un vacío que no era fácil llenar.

De ahí que Jennifer Nedelsky afirme “la propiedad dejó de servir como límite entre los derechos individuales y el poder gubernamental”.⁴⁵⁴ La propiedad lo abarcaba todo, “la propiedad era y debía ser no sólo el símbolo, sino también la fuente y la garantía de la libertad individual”.⁴⁵⁵

⁴⁵² 410 U. S. 113 (1973). Se ha señalado con insistencia que el uso del *substantive due process* usado en la era *Lochner* es el mismo que se usa en la sentencia *Roe vs. Waden*: el *substantive due process* pasó de amparar la libertad contractual a amparar el derecho a abortar. Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Borke. Una polémica constitucional*, cit., p. 61. Véase, también, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 285.

⁴⁵³ Vimos que John Hart Ely resuelve este problema apelando a lo que llama “derechos procedimentales” y negando el valor de los derechos sustantivos en la Constitución.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 264. Jennifer Nedelsky critica la sugerencia de retomar la importancia de la propiedad privada como valor tradicional de límite al gobierno, pero trasformarlo e iniciar así una reforma igualitaria: usar la propiedad, concepto que tradicionalmente ha sido la base de la desigualdad y de los límites de la democracia, para convertirlo en la base de la igualdad y la democracia. Recordemos que la propiedad sirvió para proteger el derecho de los negros en el ámbito de la segregación racial en la vivienda. Ese tipo de segregación fue el primero en desaparecer: “La propiedad es más que algo que las personas poseen, es elemental que este incluya el derecho de adquirir, usar y disponer del bien. La Constitución protege este esencial atributo de la propiedad”. *Buchanan vs. Warley* 245 U. S. 60, 74 (1917). Ahora se sugiere que ese mismo derecho dé cabida a una mejor distribución de la riqueza. Un ejemplo sería la sugerencia de una corte de distrito que ante el cierre de una refinería que representaba una fuente importante de empleo señala: “La

La propiedad estaba revestida de un poder retórico: el mito de la propiedad fue crucial para la conformación de las categorías e instituciones que conforman el constitucionalismo estadounidense.⁴⁵⁶

Por algún tiempo parecía que a la Corte le había quedado clara la imposibilidad de recurrir a lo que entendía como derechos fundamentales casi absolutos, como el de la propiedad.⁴⁵⁷ A partir de 1937 se aplaudían las voces disidentes que en la era *Lochner* conformaban la resistencia a la Corte. En la sentencia *Lochner*,⁴⁵⁸ por ejemplo, el magistrado Oliver W. Holmes deja clara su posición, que no es otra sino la deferencia a la labor legislativa.

Para el autor de *The Path of the Law*, el juez puede estar de acuerdo o no con ciertas leyes. Holmes hace referencia a leyes de contenido social y que la propia Corte había refrendado en *Holden vs. Hardy*, de 1898; sentencia donde se conoce de una ley que establecía una jornada de trabajo máxima para los mineros. Sin embargo, señala la Corte, la Constitución no pretende

...hacer suya una teoría económica determinada, bien se trate del paternalismo, del organicismo político o del *laissez faire*. Una Constitución está

ley puede reconocer el derecho de propiedad de la comunidad en la medida en que la U. S. Steel no puede abandonar el área de Youngston en condición de desastre, de que no puede desistir por completo de su obligación hacia la comunidad, porque de esa larga relación con la institución han surgido ciertos derechos creados". Una corte de apelaciones finalmente señala que "El mecanismo para llegar a esa disposición ideal para reconocer este nuevo derecho de propiedad no existe en el código de leyes de nuestra nación" U. S. Court of Appeals, *Steelworkers, Local 1330 vs. U. S. Steel Corporation*, 105 LRRM 2312, p. 2324. Citado por Nedelsky, Jennifer, "El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada", en Elster Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia, cit.*, p. 276. Para Nedelsky modificar el concepto de propiedad no sería sencillo, pues "el concepto de propiedad tiene ya una larga tradición, que no sería fácil interrumpir y que va en sentido inverso a los afanes igualitarios y democráticos... La fuerza misma de la tradición de la propiedad la convierte, en cierto modo, en una base precaria para la innovación". *Ibidem*, pp. 278 y 279.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 266. La tesis principal de Nedelsky es demostrar el vacío que dejó el hecho de restarle importancia al derecho de propiedad. A partir de 1937 la Corte Suprema abandona todos los medios que usaba para prevenir la intromisión legislativa en los derechos de propiedad.

⁴⁵⁷ El derecho de propiedad quedó revestido de un aura de derecho natural, mucho después de que las teorías de derecho natural ya no fueran generalmente aceptadas: "La retórica jurídica, así como la política, implicó que los derechos de propiedad daban efecto a algún fenómeno natural preexistente, cuya concreción daba una certidumbre y una sustancia intuitiva al contrato jurídico". *Ibidem*, p. 273, nota 19.

⁴⁵⁸ 198 U. S. 45 (1905).

hecha para el pueblo; el pueblo está compuesto por personas cuyas ideas fundamentales y convicciones pueden no coincidir. Y el hecho de que pensemos que alguna idea es natural o evidente, o novedosa o incluso chocante, no debe influir sobre nuestro juicio acerca de la constitucionalidad de las leyes que son expresión de ellas.⁴⁵⁹

En su voto particular a la sentencia *Abrams vs. United States*⁴⁶⁰ señala: “No creo que se extinguieran los Estados Unidos si perdiéramos el control sobre la constitucionalidad de las leyes”. En otra ocasión señalaría: “Hace unos setenta y cinco años que aprendí que yo no era Dios. Así, cuando la gente... quiere hacer algo y no encuentro nada en la Constitución que expresamente prohíba hacerlo, me guste o no, tengo que exclamar... ¡Maldita sea!, dejarles que lo hagan”.⁴⁶¹

En el contexto de la sentencia *Lochner*, las palabras de Holmes parecen estar de acuerdo con la justicia; además, respetan los principios constitucionales básicos anunciados por Thayer; sin embargo, parece dar carta blanca a las decisiones legislativas; pero ¿de verdad el legislador puede decidir a su arbitrio y sin limitaciones sobre los asuntos públicos? Si el juez constitucional considera que no puede, ¿en qué debe fundamentar el juez su negativa?

Si el juez no puede usar el derecho a la propiedad, la quintaesencia de los derechos individuales que sirvió como límite al poder del gobierno, ¿en qué se fundamentará?, ¿en qué habían de sustentar los fallos aquellos jueces? Parecía haber dos caminos a seguir: volver a la doctrina Thayer dejando en manos del Legislativo todo aquello que pareciese no encontrar respuesta en el texto constitucional o buscar nuevas fórmulas que permitieran a la Corte seguir decidiendo sobre asuntos de interés público.

⁴⁵⁹ 198 U. S. 45. La posición de Holmes en este voto disidente se encuentra en sintonía con su pensamiento dentro y fuera de la Corte. Holmes siempre enfocaba los temas desde un punto de la tolerancia hacia la labor legislativa, salvo en materia de la libertad de expresión. Resaltó siempre los límites del Poder Judicial y el peligro que supone dejar a los jueces incorporar a la Constitución sus convicciones personales.

⁴⁶⁰ 250 U. S. 616, 630 (1919).

⁴⁶¹ Citado por Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, traducción de Enrique Alonso García, Madrid, Civitas, 1990, pp. 56 y 57. Son famosos los votos disidentes del magistrado Holmes. Aunque, contra lo que se cree popularmente, éstos no fueron muchos. Schwartz nos explica que el tribunal dictó seis mil sentencias en el periodo en el que Holmes formó parte del mismo y sólo emitió o se adhirió a setenta votos particulares. *Ibidem*, p. 55. Sobre la sentencia *Abrams vs. United States* véase Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 187-191.

Cass Sunstein advierte que el “error” en *Lochner* no fue el activismo judicial, como afirmara Holmes, el error de la Corte fue sostener que los principios del orden económico que sustentaba el *common law* eran parte de un orden natural que debía sustentar al derecho, por lo que la acción del Estado estaba justificada.⁴⁶²

8. *La sentencia United States vs. Carolene Products Co.*
El nuevo estándar de revisión

Si en la era *Lochner* la premisa era defender a toda costa los derechos de propiedad, a partir de la década de los treinta comienzan a valorarse los derechos sociales. Pero el cambio más importante vendría de la mano de una sentencia: *United States vs. Carolene Products Co.*⁴⁶³ La sentencia sugiere una protección especial; no ya sólo un derecho determinado. La diferenciación que se propone estaría determinada por el sujeto cuyos derechos parecen estar lesionados. La Corte, en *Carolene Products Co.*,⁴⁶⁴

⁴⁶² Sunstein, Cass R., “Lochner Legacy”, *Columbia Law Review*, vol. 87, núm. 5, 1987, pp. 873-919. Sobre esta reevaluación de la sentencia *Lochner* se han escrito una serie de ensayos; la mayoría de ellos coinciden con la tesis de Cass Sunstein. Véase, por ejemplo, Fleming, James E., “Fidelity, Basic Liberties, and the Specter of Lochner”, *William and Mary Law Review*, vol. 41, 1999-2000, pp. 147-176; Friedman, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Tree: The Lesson of Lochner”, *New York University Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1383-1453; White, G. Edward, “Revisiting the Substantive Due Process and Holmes’s Lochner Dissenting”, *Brooklyn Law Review*, vol. 63, 1997, pp. 87-128. La posición contraria es sostenida por Bernstein, para quien las decisiones de la Corte de la era *Lochner* estaban sustentadas en una doctrina con la que los miembros de la Corte comulgaban. De hecho, la Corte había dejado claro que la legislación podía derogar principios contenidos del *common law*. El autor trata de probar lo anterior señalando sentencias donde la Corte expresamente declara que “nadie tiene un *vested rights* en una regla particular del *common law*” [la cita específica es de la sentencia *Truax vs. Corrigan*, 257 U. S. 312, 229 (1921), pero Bernstein nos advierte que el principio se sostuvo en muchas otras sentencias]. Lo que significaría que la Corte había dejado de sustentar los fallos en la cláusula del debido procesos sustantivo, eso sí, sólo en algunos casos. Bernstein, David, “Lochner’s Legacy’s Legacy”, *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004, pp. 1-64. Sunstein defiende su postura en Sunstein, Cass R., “Lochnering”, *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004, pp. 65-71.

⁴⁶³ 304 U. S. (1938).

⁴⁶⁴ 304 U. S. 144, 152-153 (1938). La traducción es nuestra. Este mismo párrafo es citado en Solar Cayón, José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal*, cit., p. 151. La propuesta de Ely sobre Constitución procedimental se basa precisamente en el análisis de esta sentencia. Véase el capítulo IV de su libro. En éste se encuentra una transcripción de la nota 4 de la sentencia citada: Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, cit., pp. 99 y ss. Otra traducción y un análisis de esta nota puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias*

revisa la constitucionalidad de una ley que prohibía el embarque para el comercio interestatal de leche desnatada que contuviera alguna grasa no láctea. La empresa Carolene consideraba que tal norma excedía los poderes del Congreso, es decir, una violación a la enmienda X, así como una presunta vulneración al derecho a no ser privado de la propiedad sin el debido proceso legal.

La sentencia reza:

Debe presumirse la existencia de hechos que apoyan la elección legislativa, puesto que la elección reguladora que afecta a las transacciones comerciales ordinarias no debe declararse inconstitucional a menos que a la luz de los hechos conocidos o generalmente asumidos se haga imposible la asunción de que descansa sobre alguna base racional dentro del conocimiento y la experiencia de los legisladores.⁴⁶⁵

En este párrafo, de clara inspiración thayeriana, se establece una especial deferencia a favor del Legislativo. Sin embargo, el magistrado Harlan Stone, en la nota 4 de dicha sentencia, sugirió que la legislación, cuando era cuestionada por determinado tipo de pretensiones constitucionales, quizá no merecería la misma deferencia que la inmensa mayoría de la legislación. Es en esta sentencia donde se formula un nuevo estándar de revisión constitucional.

Concretamente sugirió la existencia de categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de las leyes. El primer párrafo, añadido a sugerencia del presidente de la Corte Suprema, Hughes, apunta a la necesidad de un examen judicial mayor cuando están en juego derechos explícitamente mencionados en el texto de la Constitución:

Tal vez exista un alcance más estrecho para la operación de la presunción de la constitucionalidad cuando la legislación parece encontrarse dentro de

básicas..., cit., pp. 240-247. Además, pueden encontrarse comentarios a esta nota en Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 289-29; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., pp. 56 y 60; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 149; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, cit., pp. 245 y 350; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 101; Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno...*, cit., p. 285; Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 141, y Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, cit., pp. 29, 43 y 47.

⁴⁶⁵ 304 U. S. 144, 152-153 (1938).

una prohibición específica de la Constitución, como las de las primeras diez enmiendas. También puede considerarse una prohibición específica aquellas que se consideran dentro de la Enmienda XIV⁴⁶⁶ (*Stronberg vs. California*, 1931 y *Novell vs. Griffin*, 1938).

El segundo párrafo habla de un posible examen especial cuando las actividades de otros poderes públicos interfieran:

Es innecesario considerar ahora si tal legislación que restringe esos procesos políticos, y de la cual puede esperarse que cause la abrogación de la legislación indeseable, deba ser sujeta a un escrutinio judicial más estricto por encontrarse bajo las prohibiciones generales de las Enmienda XIV como sucede con la mayoría de los otros tipos de legislación. Como las restricciones al derecho al voto. Véase *Nixon vs. Herndon* (1927) y *Nixon vs. Condon* (1932), sobre las limitaciones a la difusión de información *Near vs. Minnesota* (1932), *Grosjean vs. American Press Co.* (1936) y *Novell vs. Griffin*, y sobre la intervención en materia de organizaciones y partidos políticos *Fiske vs. Kansas* (1927), *Whitney vs. California* (1927), *Rendón vs. Lowry* (1937), y Holmes en *Glitlow vs. New York* (1925), y finalmente, sobre la prohibición del derecho de reunión y manifestación *De Jorge vs. Oregon* (1937).

El párrafo tercero es el más vigoroso, pues sugiere que el prejuicio dirigido contra “minorías diferenciadas y aisladas” debería también dar lugar a un examen judicial más cuidadoso:

No nos preguntamos ahora si debiera existir un similar análisis de constitucionalidad de las normas que perjudican grupos religiosos, *Pierce vs. Society of Sisters* (1925), o a minorías nacionales (*Meyer vs. Nebraska*, 1923), o raciales (*Nixon vs. Herndon*, 1927 y *Nixon vs. Condon*, 1932) y las normas que están dirigidas a perjudicar minorías diferenciadas y aisladas, ya que éstas pueden ser condiciones especiales que tienden a debilitar seriamente la operación de los procesos políticos que se establecerían ordinariamente para proteger a minorías.

El texto del segundo y tercer párrafo acepta en términos generales que en ciertas ocasiones se justifiquen las decisiones contramayoritarias por el especial valor de ciertos derechos que corren el riesgo de ser ignorados por la mayoría.

La postura de Harlan en la nota al pie se formula definitivamente en la sentencia *Thomas vs. Collinsk*,⁴⁶⁷ en la que la Corte afirmará que los de-

⁴⁶⁶ 304 U. S. 144, 152-53 (1938).

⁴⁶⁷ 323 U. S. 516 (1945).

rechos consagrados en el *Bill of Rights*⁴⁶⁸ gozan de una protección constitucional muy fuerte, por lo que las normas del Congreso que las amenazan tendrán una presunción de inconstitucionalidad.

Se establece la doctrina de las *preferred freedoms* o *preferred position* (posición preferente o privilegiada). En la década de los treinta la Corte opta por una posición menos deferente al legislador anulando restricciones a libertades políticas. En *Stromberg vs. People of State of California*,⁴⁶⁹ de 1931, se declara la inconstitucionalidad de una sentencia que condenaba a un sujeto acusado de comunista por la posesión de una bandera roja. En *Herndon vs. Lowry*,⁴⁷⁰ de 1937, se establece un principio fundamental conforme al cual la libertad de expresión es la regla, y la limitación a esta libertad es la excepción. Lo que parecía estar sugiriendo la Corte es la existencia de derechos de especial valor ante los cuales la presunción de constitucionalidad legislativa era menor.

Sin embargo, la primera vez que se formuló la frase *preferred position* fue en el voto particular del magistrado presidente Stone en la sentencia *Jones vs. Opelika*,⁴⁷¹ de 1941, diciendo que la primera enmienda no se limitaba a salvaguardar la libertad de expresión y la libertad religiosa contra los intentos discriminatorios que atentan contra ellas. “La Constitución, en virtud de las enmiendas I y XIV, las coloca en una posición preferente”.⁴⁷²

La sentencia *Carolene* refleja la nueva postura de la Corte: un sistema de presunciones, sistema que, sin embargo, se “lanzó sólo como señal” advierten Beltrán de Felipe y González García: la jurisprudencia posterior extrajo —no sin dificultades— conclusiones acerca de la intensidad del control de constitucionalidad y, consecuentemente, acerca de la deferencia para con el legislador.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Recordemos que en 1791 se añadió a la Constitución una declaración de derechos consistente en diez enmiendas, que conforman el *Bill of Rights*, y que enumeran ciertos derechos como la adición de las restantes enmiendas producto de la guerra civil. Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, cit.

⁴⁶⁹ 283 U. S. 359 (1931).

⁴⁷⁰ 301 U. S. 242 (1937).

⁴⁷¹ 316 U. S. 584 (1942).

⁴⁷² *Ibidem*, p. 241. Sobre los *preferred freedoms*, véase, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución...*, cit., pp. 280-286. Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, cit., p. 27.

⁴⁷³ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 241 y 242.

Si la doctrina de Thayer dejó claro que las normas emanadas del Congreso gozaban de la presunción de constitucionalidad, ahora se introduce una lógica diferente. La mención en la nota 4 de la sentencia *Carolene* hizo posible el uso de una revisión judicial más activa; en ciertos ámbitos se consolidó como un nuevo paradigma para el examen judicial de leyes que discriminan contra ciertos grupos.

Para Ackerman se cambia la dirección de la protección de los derechos que seguía la antigua Corte, pues ésta favorecía a los dueños de la propiedad que gozan de amplia oportunidad de salvaguardar sus propios intereses.⁴⁷⁴ De esta forma, un proceso democrático justo generaría sistemáticamente resultados más favorables a los intereses de la minoría.⁴⁷⁵

9. *El escrutinio estricto o strict scrutiny: Korematsu vs. United States*

El primer caso donde se utiliza el escrutinio más oneroso sugerido en *Carolene* fue *Korematsu vs. United States*.⁴⁷⁶ En *Korematsu* se estudia el internamiento de descendientes de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial. Tras el ataque japonés a Pearl Harbour (diciembre de 1941), y tras fuertes presiones de los militares y los periódicos, el presidente Roosevelt dictó un decreto —*Executive order* 9066— el 19 de febrero de 1942,⁴⁷⁷ que autorizaba a las autoridades militares a deportar e internar

⁴⁷⁴ Ackerman, Bruce A., “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1984-1985, p. 715.

⁴⁷⁵ Ely se encarga de desarrollar la nota citada de la sentencia *Carolene* en su libro *Democracy and Distrust*, de 1980. Sobre este tema, además, ha surgido un debate de altísima calidad. Véase, por ejemplo, Estreicher, Samuel, “Platonic Guardians of Democracy: John Hart Ely’s Role for the Supreme Court in the Constitution’s Open Texture”, *cit.*; Tribe, “The Puzzling Persistence of Process Based Constitutional Theories”, *cit.*, p. 1063, y, sobre todo, Cover, “The Origins of Judicial Activism in the Protecting of Minorities”, *Yale Law Journal*, vol. 91, 1982, p. 1287. La teoría de las presunciones es estudiada en España por Víctor Ferreres en su obra *Justicia constitucional*, que ya hemos tenido oportunidad de comentar.

⁴⁷⁶ 323 U. S. 214, 216 (1944). En español, más que análisis sobre la sentencia *Korematsu* existen simples referencias: Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, pp. 282 y 290; Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *cit.*, p. 265; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, pp. 52 y 53; Martín Vida, María Ángeles, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos”, *cit.*, p. 157, y Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, *cit.*, pp. 30, 106 y 277.

⁴⁷⁷ El texto completo de esta orden puede consultarse en línea: <http://www.ourdocuments.gov/content.php?flash=true&page=milestone>, se accedió a la página el 11 de agosto de 2005.

en campos de concentración a los norteamericanos de origen japonés. Aproximadamente 120,000 personas de origen nipón fueron obligadas⁴⁷⁸ a dejar sus hogares en San Francisco y en las ciudades de la costa oeste, consideradas zonas militares en las que no se podía permanecer, para más tarde ser trasladados a “centros de realojo”. La medida fue inmediatamente ratificada por el Congreso mediante una ley del 21 de marzo de 1942.

Fred Korematsu, ciudadano norteamericano que trabajaba en una fábrica de armamento en San Francisco, se negó a cumplir la orden de internamiento. Más tarde fue acusado de espía, por lo que fue detenido y condenado a cinco años de prisión. El caso fue llevado a la Corte Suprema, donde el magistrado Black, como ponente, resolvió con el voto de otros cinco magistrados ratificar las sentencia del juez inferior.⁴⁷⁹ Las restricciones a los derechos civiles ya se habían estudiado en las sentencias *Schenk vs. United States*⁴⁸⁰ y *Abrams vs. United States*.⁴⁸¹

La página cuenta con otros muchos documentos de gran interés, desde la resolución del general Lee de 1776 hasta la Voting Rights Act de 1965.

⁴⁷⁸ Kiyomi Serrano, Susan y Minami, Dale, “Korematsu vs. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis”, *Asian Law Journal*, vol. 10, 2003, p. 37.

⁴⁷⁹ La Corte se fundamenta en la sentencia *Hirabayashi vs. United States*, 320 (1944), donde se conoce una norma que establecía un toque de queda para los ciudadanos con ascendencia o ciudadanía japonesa con objeto de evitar un sabotaje enemigo durante la Segunda Guerra Mundial.

⁴⁸⁰ 249 U. S. 47 (1919). La sentencia *Schenk* tiene su génesis en plena guerra contra Alemania. El señor Schenck imprimió y distribuyó pasquines contrarios a la guerra que incitaban a los reclutas a no luchar en Europa y a desobedecer las órdenes en combate. Los seguidores fueron acusados por delitos de conspiración, de incitación al amotinamiento y de obstrucción al reclutamiento obligatorio; delitos contenidos en las leyes de espionaje (1917) y de sedición (1918). Los acusados fueron condenados, y la sentencia ratificada por un juez federal. Finalmente, la defensa de *Schenck* apeló ante la Corte Suprema, que estudió la presunta violación al derecho a la libre expresión de la primera enmienda. El fallo señala que la restricción a la libre expresión es constitucional si lo que se pretende es evitar un peligro claro e inminente (*clear and present danger*). Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 176-184.

⁴⁸¹ 250 U. S. 616 (1919). En la sentencia *Abrams vs. United States* la Corte estudia la constitucionalidad de las leyes de espionaje y de sedición que contenían los tipos penales por los que fue procesado y condenado el señor Abrams por la impresión y distribución de dos folletos de propaganda antibélica. La defensa de Abrams argumentó violación a la libertad de expresión y a la libertad de prensa. La Corte rechazó el recurso empleando la teoría del “peligro claro e inminente” de las sentencias *Schenck*, fundamentándose también en dos sentencias posteriores dictadas en el mismo sentido: *Frohwerk vs. United States* y *Debs vs. United States*. *Ibidem*, pp. 184-191. El magistrado Holmes, ponente en

La Corte señaló en *Korematsu* que “todas las disposiciones legales que restrinjan o eliminen los derechos civiles de un determinado grupo racial están automáticamente bajo sospecha, pero no son inconstitucionales por sí mismas, sino que los tribunales deben someterlas al más rígido de los criterios de control”.⁴⁸² El decreto del presidente Roosevelt denunciado por *Korematsu* superó el escrutinio por considerarse que la salvaguarda del Estado, interés que motivó al legislador, es primordial.⁴⁸³

El gobierno argumentó a favor de la ley:

Todos los japoneses, incluyendo los ciudadanos norteamericanos están, por cultura y por raza, predispuestos a ser leales a Japón y desleales a los Estados Unidos de América. Los japoneses de la costa oeste o han cometido o es probable que cometan actos de espionaje y sabotaje en contra de los Estados Unidos. El acto masivo está justificado porque no se cuenta con el tiempo suficiente para determinar la deslealtad individual.

La Corte señala: “Existen pruebas de que algunos ciudadanos de origen japonés no eran leales a los Estados Unidos, las autoridades militares consideraron que había que actuar urgentemente”.⁴⁸⁴ En realidad, señala Yamamoto, no se ofreció evidencia alguna a favor de estas premisas de las que parte la defensa del gobierno.⁴⁸⁵

La comparación con el estado de excepción vivido en Alemania en 1933, que culminó con el internamiento en campos de exterminio de judíos y otras minorías es inevitable.⁴⁸⁶ El caso *Korematsu* ha sido tradi-

la sentencia *Schenk vs. United States*, parece cambiar su criterio en *Abrams vs. United States* adhiriéndose al voto disidente del magistrado Brandies, considerado una ejemplar defensa de la libertad de expresión. Véase Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 185.

⁴⁸² *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 216 (1944). Usamos la traducción de este párrafo hecha en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 266.

⁴⁸³ La Corte había considerado en la sentencia *Graham vs. Richardson*, 403 U.S. 365, 371-372 (1971): “Classification based on alienage. Like those based on nationality or race, are inherently suspected and subject to close judicial scrutiny”.

⁴⁸⁴ Traducción de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 268.

⁴⁸⁵ Yamamoto, Erick K., “Korematsu Revisited-Correcting the Injustice of Extraordinary Government Excess and Lax Judicial Review: Time for a Better Accommodation of National Security Concerns and Civil Liberties”, *Santa Clara Law Review*, vol. 26, 1986, pp. 8 y 9. Véase también Kiyomi Serrano, Susan y Minami, Dale, “Korematsu vs. United States: A Constant Caution in a Time of Crisis”, cit., p. 40.

⁴⁸⁶ Véase Schwab, Manuel, “When Does Fascism Become Legitimate?”, *The Alarm Newspaper*, 14 de junio 2002, p. 2. Así como el voto disidente del magistrado Murphy en

cionalmente considerado uno de los más ignominiosos para la Corte.⁴⁸⁷ Sin embargo, la Corte Suprema ha seguido citando la sentencia *Korematsu*, pues recordemos que antes de considerar constitucional la medida tomada por el presidente repara en lo nocivas que pueden ser las clasificaciones raciales y en la necesidad de analizarlas bajo un escrutinio más estricto.⁴⁸⁸

La sentencia es el precedente usado en los juicios subsecuentes en los casos en los que se amenace la integridad de los procesos políticos o que impliquen clasificaciones “sospechosas”, tales como la raza o la nacionalidad. La Corte ha asumido una obligación de examinar estos estatutos cuidadosamente, para asegurarse de que las libertades individuales no sean vulneradas.

El primer componente de esta doctrina requiere que toda clasificación racial esté justificada por un “compelling government interest”.⁴⁸⁹ Es indispensable para la consecución de un objetivo estatal absolutamente crucial u obedece a un “interés apremiante”. El segundo, requiere que la clasificación

la sentencia *Hirabayashi vs. Estados Unidos*, 320 U. S. 81 (1944). “Sostener la constitucionalidad de esta medida, por buenas que fueran las intenciones de las autoridades militares de la costa oeste, sería dar validez a uno de los comportamientos más crueles, idéntico a los que emplean nuestros enemigos para aniquilar la dignidad de las personas, e implicaría además fomentar las actuaciones discriminatorias contra otros grupos minoritarios”, traducción de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 272. Otros países cooperaron con los Estados Unidos. En México, por ejemplo, se detuvo a presuntos espías alemanes y japoneses para ser enviados más tarde a campos de concentración en los Estados Unidos. Otros posibles agentes, considerados menos peligrosos, fueron internados en diferentes sitios. Krauze, Enrique, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano*, México, Tusquets Editores, 1997, p. 48.

⁴⁸⁷ Véanse por ejemplo los ensayos de la época: Dembitz, Nanette, “Racial Discrimination and the Military Judgment: The Supreme Court’s Korematsu and Endo Decisions”, *Columbia Law Review*, vol. 45, 1945, pp. 175-239, y Rostow, Eugene, “The Japanese American Cases a Disaster”, *The Yale Law Journal*, vol. 54, 1944-1945, pp. 489-533. La justificación para conculcar los derechos de los ciudadanos norteamericanos con ascendencia japonesa fue precisamente la salvaguarda del Estado en tiempos de guerra. No está de más reparar en la similitud de este hecho con los recientes actos llevados a cabo por el Estado norteamericano en contra de los presos de Guantánamo donde la lógica de *Korematsu* se mantiene viva: Liam, Braber, “Korematsu’s Ghost: A Post September 11th. Analysis of the Race and National Security”, *Villanova Law Review*, vol. 47, 2002, pp. 1-8 y 451, y Tushnet, Mark, “Defending Korematsu?: Reflections of Civil Liberties in War Time”, *Wisconsin Law Review*, 2003, pp. 273-38.

⁴⁸⁸ Yen, Alfred, “Introduction: Praising with Faint Damnation-The Troubling Rehabilitation of Korematsu”, *Boston College Law Review*, vol. 40, 1998-1999.

⁴⁸⁹ *Palmore*, 466 U.S. 432-33.

sea “narrowly tailored”;⁴⁹⁰ es decir, se encuentre estrechamente relacionada con la consecución de un objetivo.⁴⁹¹ Bajo éste se estudiarán las normas que se presumen inconstitucionales sospechosas por basarse en rasgos que son considerados por la Corte especialmente odiosos, es decir, la raza y la nacionalidad, o por atentar contra un derecho fundamental.

Que la raza sea considerada como una clasificación odiosa está relacionada con una cuestión histórica. Recordemos que incluso la Constitución se había interpretado como directa o indirectamente complaciente con la institución de la esclavitud: el texto del artículo IV, negaba a los estados el poder de liberar a los esclavos fugitivos que hubiesen entrado en su territorio.⁴⁹² Esto provocó que las normas que usaran clasificaciones raciales dejaran de gozar de la presunción de constitucionalidad.

La sentencia *Korematsu*, al considerar constitucional el internamiento de ciudadanos japoneses en campos de concentración de los Estados Unidos, marca una excepción a la prohibición de discriminación establecida en la enmienda XIV, por una razón que la Corte considera más importante que la propia cláusula. Para algunos autores, esto significa que la Corte puede establecer excepciones a la prohibición constitucional de discriminar por razón de raza, aunque se viole lo establecido en la Constitución.⁴⁹³ Para superar el escrutinio estricto deberán demostrar que:

- a) Es indispensable para la consecución de un objetivo estatal absolutamente crucial u obedece a un “interés apremiante”, así como en la idoneidad de la relación entre métodos y fines.
- b) Que no hay métodos menos onerosos para alcanzar ese fin.⁴⁹⁴ Esto no quiere decir que toda restricción sea inconstitucional; es sólo que la Corte debe someterla a un examen más riguroso.⁴⁹⁵

⁴⁹⁰ *Narrowly tailors*. La traducción de estos términos no es sencilla. Beltrán de Felipe los traduce como sustancialmente destinadas: Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 549.

⁴⁹¹ *Metro Broadcasting, Inc. vs. FCC*, 497 U. S. 547 (1990). Las clasificaciones raciales, según la sentencia *Palmore vs. Sidoti* 466 U. S. 429 (1984) citada por David Currie, deben ser “justificadas por un interés gubernamental urgente y deben ser necesarias para su cumplimiento”. Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, cit., p. 97.

⁴⁹² Lively, Donald E., “The Supreme Court and Affirmative Action: Whose Classification Is Suspect?”, *Hasting Constitutional Law Quarterly*, vol. 17, 1989-1990, p. 483.

⁴⁹³ Bhagwat, Ashutosh, “Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine”, cit., p. 973.

⁴⁹⁴ Rotunda, Ronald y Nowak, John E., *Treatise on Constitutional Law...*, cit., p. 314.

⁴⁹⁵ Sobre el escrutinio estricto puede consultarse: Bhagwat, Ashutosh, “Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis”, *California Law Review*, vol. 85, 1997, pp. 297-369.

III. LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS FRENTE A LA SEGREGACIÓN

Después de haber hecho un análisis de las circunstancias que han dado lugar al surgimiento de las doctrinas constitucionales que usa la Corte de Estados Unidos para conocer la constitucionalidad de normas que parecen menoscabar derechos de ciertas minorías será necesario regresar al tema de la discriminación racial.

En el capítulo previo tuvimos ocasión de analizar la doctrina de separados, pero iguales dispuesta por la Corte en la sentencia *Plesy*. La Corte basa sus posteriores resoluciones en aquella vergonzosa sentencia.⁴⁹⁶ La segregación legalizada pronto se extendió a otros ámbitos, como el del transporte municipal: los negros eran segregados en las fábricas, hospitales estatales, instituciones penales, en los parques públicos y en la vivienda.⁴⁹⁷

En un lapso corto, la segregación racial en la vivienda se extendió a varios estados de la Unión Americana, como Carolina del Norte o Georgia. No obstante, las leyes segregacionistas de la vivienda, a diferencia de los demás ámbitos, se declararon inconstitucionales muy pronto: la Corte, en la sentencia *Buchanan vs. Warley*,⁴⁹⁸ de 1917, consideró inconstitucional una ordenanza local que privaba a las personas del derecho a mudarse a un barrio habitado por personas de raza diferente. Lo que se vulneraba era el derecho a la propiedad: “La propiedad es más que algo que las personas poseen, es elemental que éste incluya el derecho de adquirir, usar y disponer del bien. La Constitución protege este esencial atributo de la propiedad”.⁴⁹⁹ Aunque algunas asambleas legislativas locales siguieron promulgando leyes en este sentido, los tribunales se encargaron de declarar la inconstitucionalidad de éstas.⁵⁰⁰ El deseo de sus

⁴⁹⁶ No se vuelve a conocer sobre la validez de la doctrina de separados, pero iguales, hasta 1954; sin embargo, existen antecedentes en los tribunales de asuntos relacionados con la educación segregada, como *Berea College vs. Kentucky*, 211 U. S. (1908), donde la Corte ratifica la decisión de conservar una multa impuesta al estado de Kentucky a un colegio privado por permitir que niños blancos y negros estudiaran juntos.

⁴⁹⁷ Rice, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, *The Journal of Southern History*, vol. 34, núm. 2, 1968, p. 180.

⁴⁹⁸ 245 U.S. (1917) Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 276.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 60, 74.

⁵⁰⁰ Rice, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, cit., p. 196.

miembros de proteger el derecho a la propiedad privada es patente, y demuestra que no fue motivado por una posición antisegregacionista, cuanto más si consideramos que los autores de esta sentencia no se esforzaron más para promover la igualdad o terminar con la segregación.⁵⁰¹ La Corte consideró que, a diferencia del caso *Berea*, donde los negros no eran privados de un derecho otorgado a los blancos, ya que la educación se les otorgaba a las dos razas, en *Buchanan vs. Warley* se niega el derecho a la propiedad, por lo que discrimina y viola la cláusula de igual protección de la ley.

1. *Los antecedentes de la sentencia Brown vs. Board of Education: la lucha legal contra la segregación*

En la década de los años treinta comienza a darse una interpretación distinta a la doctrina de separados, pero iguales, eso sí, sin modificarla en lo sustancial, señalando que los demandantes negros tenían derecho a exigir ante la Corte iguales oportunidades en la educación. El primer caso importante fue *Missouri ex rel. Gaines vs. Canadá*,⁵⁰² donde la solicitud de un negro para ingresar a la Facultad de Derecho de la Universidad del estado de Missouri fue rechazada atendiendo a criterios raciales. La NAACP (National Association for the Advancement of Colored People),⁵⁰³ des-

⁵⁰¹ Schmidt, "Principle and Prejudice: The Supreme Court and Race in the Progressive Era, Parte 1: The Heyday of Jim Crow", *Columbia L. Revs.*, vol. 82, 1982, pp. 444-524. Muestra de ello es la sentencia *Corrigan vs. Buckley*, 271 U. S. 323 (1926). La Corte Suprema señala que la enmienda V, así como la XIV, sólo se aplican a los poderes públicos, y por consiguiente no prohíben a los particulares establecer contratos discriminatorios, es decir, no había *state action*. En la sentencia *Shelley vs. Kramer* (1948) se revisó esta tesis: si un contrato discriminatorio llega a los tribunales, entonces ya no es un asunto entre particulares, sino una cuestión en la que es el poder público quien interviene. Aparece en este momento la *state action*. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 276 y ss.

⁵⁰² 305 U. S. 337 (1938). La segregación provocaba disparidades en la calidad de educación entre negros y blancos. Esta situación empieza a cambiar poco a poco. Por ejemplo, en Missouri, en 1940, cada estudiante negro recibía el 33% de lo que un estudiante recibía de fondos para la educación en el estado; para 1952 el porcentaje había subido al 69%. Georgia, S Sch. News (Nashville, Tenn), septiembre 3, 1954, at 5. Citado por Kruse, Kevin M., "The Paradox of Massive Resistance: Political Conformity and Chaos in the Aftermath of Brown vs. Board of Education", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, p. 1012.

⁵⁰³ Aunque la NAACP se funda en 1909 —con Roy Wilkins como secretario ejecutivo—, la lucha por los derechos civiles cobra fuerza durante la era del *New Deal*. Así lo de-

pués de varias derrotas en los tribunales, concentra todos sus esfuerzos en el caso de Lloyd Gaines, quien pretendía ser admitido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Missouri, la cual lo rechaza sólo por motivos raciales.

La Universidad trató de evitar la obligación de aceptar a Gaines ofreciendo pagar al demandante el costo de los estudios en alguna de las universidades cercanas al estado. En diciembre de 1938, por una decisión de 6 contra 2, la Corte no encontró que mediante este acto quedara satisfecha la obligación del trato igual: “Un privilegio fue creado para los estudiantes blancos que es negado para los estudiantes negros por razón de su raza”.⁵⁰⁴

Otro paso se daría en 1941 con la sentencia *Mitchell vs. United States*⁵⁰⁵ que declaró inconstitucional la negativa a proporcionar una litera de un tren a un negro, por considerarse una violación al comercio interestatal. Sin embargo, no fue sino hasta la década de los cincuenta cuando comienza en verdadero cambio en la doctrina de la Corte; el caso *Henderson vs. United States*,⁵⁰⁶ de 1950, marca el comienzo. El asunto tuvo su génesis con la demanda de Elmer Henderson, un negro que en 1943 viajaba en el tren de Washington a Atlanta, Georgia. La costumbre de la época consistía en que los negros que quisieran ordenar algo en el vagón comedor debían esperar a que los blancos terminaran de hacerlo, una vez hecho esto se les podía empezar a servir en la sección “negra” tras una cortina. El abogado de Henderson observaba: “es como si fueras un cerdo o una clase de animal”.⁵⁰⁷ La Corte considera inconstitucional

muestra la investigación de Patricia Sullivan: los líderes de los estados del sur luchaban por mejores condiciones de vida y por una mejor distribución de la riqueza. El principal objetivo fue siempre conseguir el derecho al voto para los negros. Sullivan, Patricia, *Days of Hope: Race and Democracy in the New Deal Era*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996, p. 143. En castellano puede consultarse la tesis doctoral de Nuria González. La autora hace un repaso de la historia de la NAACP. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 113-128. Sobre la lucha en los tribunales por los derechos civiles en Estados Unidos de América son indispensables las siguientes obras: Tushnet, Mark, *The NAACP's Legal Strategy against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2005. Este libro se puede consultar en formato electrónico en la Universidad Complutense. En español véase Yarbrough, Tinsley, “Protección de los derechos de las minorías”, *cit.*

⁵⁰⁴ Patterson, James, *Brown vs. Board of Education. A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 16.

⁵⁰⁵ 313 U. S. 80 (1941).

⁵⁰⁶ 339 U. S. 816 (1950).

⁵⁰⁷ Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, *cit.*, p. 6.

el trato de la empresa de ferrocarriles fundamentándose en la enmienda de comercio interestatal.

En los primeros casos sobre segregación escolar de los años cincuenta la Corte Suprema comenzó a suprimir la segregación en la educación superior y de posgrados. La sentencia *Sweatt vs. Painter*⁵⁰⁸ de 1950 señala que la recién creada escuela de derecho exclusiva para negros en el estado de Texas era inferior a la facultad exclusiva para blancos. Además, concluyó que los tribunales que tuvieran que decidir sobre igualdad entre escuelas segregadas deben tomar en cuenta tanto los factores tangibles como los intangibles, es decir, “esas cualidades (como el prestigio de la institución) que no es posible medir de modo objetivo, pero que constituye la grandeza de una escuela de derecho”.⁵⁰⁹

La sentencia *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents for Higher Education*, de 1950,⁵¹⁰ declara la inconstitucionalidad de la decisión de la Universidad de Oklahoma de admitir en los cursos de doctorado a George McLaurin, profesor negro de 68 años, pero aislándolo de los demás: no se le permitió recibir clases en las aulas de la Universidad, ni entrar a la biblioteca, pues se le había asignado un escritorio detrás de una pila de periódicos.

Todos estos antecedentes son sólo vislumbres de lo que habría de suceder poco tiempo después en *Brown vs. Board of Education*.⁵¹¹ La senten-

⁵⁰⁸ 339 U. S. 629 (1950).

⁵⁰⁹ *Ibidem*, pp. 633 y 634. Sobre la sentencia véase Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Prohibition of Discrimination”, *Law and Economics Working Paper Series*, pp. 38 y ss. En línea: http://ssrn.com/abstract_id=334720, se accedió a la página el 3 de junio de 2005. Existe una versión en papel en la revista *Fordham Law Review*, vol. 71, noviembre de 2002, pp. 423-542. Véase también Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, 2003, p. 232. Existe un artículo de la misma autora, con el mismo título —“Las acciones positivas”— en la revista *Jueces para la Democracia*; sin embargo, este último es de menos extensión y menos profundo que el ahora citado.

⁵¹⁰ 339 U. S. 637 (1950).

⁵¹¹ Sobre la sentencia *Brown*, probablemente la sentencia más famosa en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, se ha escrito una cantidad ingente de bibliografía. Por su especial interés se consultaron: Kluger, Richard, *Simple justice: The History of Brown vs. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books, 1975; Wilkinson, Harvie J., *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 1979; Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, cit., Nelson, William E., “Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism”, *Saint Louis*

cia tiene su origen en varios casos originados en estados del sur; estos casos tenían en común la demanda de niños de raza negra para obtener el ingreso a escuelas públicas segregadas de su comunidad. Solamente en el estado de Kansas, entre 1881 y 1949, se interpusieron once demandas contra los sistemas escolares segregados.

La lucha del reverendo Joseph Albert DeLaine es decisiva. DeLaine, en 1947, solicitó al presidente del distrito 22, Roderick W. Elliott, autobuses para que los niños de Clarendon County, Carolina del Sur,⁵¹² pudieran asistir a la escuela. Aproximadamente el 70% de los 32,000 residentes de Clarendon eran negros. La situación de Clarendon era paupérrima; la mayoría de sus habitantes negros no ganaba ni 1,000 dólares al año; el promedio de años que los niños asistían a la escuela era de 4; los profesores blancos ganaban 2/3 partes más del sueldo asignado a los negros. El reverendo comenzó una movilización con el apoyo de veteranos de guerra, ministros de culto, profesores y padres de familia. Poco tiempo después, con la ayuda de la NAACP, se presentó una demanda que se conocerá como *Briggs*, por Harry Briggs, padre de cinco niños.⁵¹³

El caso *Briggs vs. Elliott*⁵¹⁴ llegó al conocimiento de la Corte en 1952, cuando se admitió a trámite junto a otros tres asuntos de segregación racial que se habían presentado en los tribunales de los estados de Kansas,

Law Journal, vol. 48, 2003-2004, pp. 795-838; Kruse, Kevin M., "The Paradox of Massive Resistance: Political Conformity and Chaos in the Aftermath of Brown vs. Board of Education", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, pp. 1009-1035; Tushnet Mark y Lezin, Katya, "What Really Happened in Brown vs. Board of Education", *Columbia Law Review*, vol. 91, 1991, pp. 1867-1930. Referencias en español pueden encontrarse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 275-291; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit., p. 54; Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos", cit., pp. 151-194; Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., pp. 272 y ss., y Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno*, cit., pp. 60 y 61, y García Pelayo, Manel, *Derecho constitucional comparado*, 1950.

⁵¹² Para 1950 Carolina del Sur era uno de los estados con mayor concentración de población negra en Estados Unidos con un 38.8%, sólo superado por Mississippi con un 45.3%. Le seguían Louisiana con el 32.9%, Alabama con 32%, Georgia con 30.9%, Carolina del Norte con 25.8 %, Arkansas con 22.4% y Virginia con 22.1%. Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, cit., p. 23.

⁵¹³ Clarke Hine, Darlene, "The Briggs vs. Elliott legacy: Black Culture, Consciousness and Community before Brown, 1930-1954", *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 1062.

⁵¹⁴ 98 F. Supp. 529 (E. D. S. C. 1951). Véase Clarke Hine, Darlene, "The Briggs vs. Elliott legacy...", cit., p. 1062, y Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, cit., pp. 23 y ss.

Carolina del Sur, Virginia y Delaware.⁵¹⁵ De ahí que se considera que el primer paso para la desegregación lo dio Vinson, magistrado presidente fallecido en 1953. En octubre de ese mismo año, Earl Warren fue nombrado *chief justice*. La labor de cabildeo de Warren buscando terminar con la segregación fue elogiada por todos los defensores de los derechos civiles.⁵¹⁶ Las otras tres sentencias son *Brown vs. Board of Education* de Topeka, en el estado de Kansas,⁵¹⁷ *Davis vs. County School Board of Prince Edward County* del estado de Virginia y *Gebhart vs. Belton*⁵¹⁸ de Wilmington, estado de Delaware. El abogado que dirigió la demanda de *Brown* fue Thurgood Marshall, quien tiempo después se convertiría en magistrado de la Corte.⁵¹⁹

La lucha legal de *Davis vs. County School Board of Prince Edward County* se inició en un bachillerato segregado, Robert R. Morton (o Robert R. Morton High Scholl), en Farmville, Virginia. El instituto blanco de Farmville contaba con gimnasio y cafetería, así como instalaciones de las que carecía el instituto negro.

Por su parte, el caso *Gebhart vs. Belton* tiene su génesis en la ciudad de Claymont, donde niños que querían ingresar al colegio número 29 eran mandados a uno segregado en Hockessin, un pueblo rural al oeste de la ciudad. Sarah Bulah debía conducir varios kilómetros para llevar a la estudiante Shirley Bárbara al colegio. La demanda de Bulah se acumula al caso Ethel Louise Belton y otros que demandaban la inconstitucionalidad de

⁵¹⁵ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 277, y Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, cit., pp. 30 y 39, notas 32 y 77, respectivamente.

⁵¹⁶ Sobre el papel del magistrado presidente Warren en esta histórica etapa de la Corte véase Carter, Robert L., "The Warren Court and Desegregation", *Mich. Law Review*, vol. 67, 1968-1969, pp. 237-248. Sobre la importancia de Warren en la defensa de los derechos civiles en los Estados Unidos puede verse Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Universitat Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, 1995, pp. 107 y ss.; Schwartz, Bernard, *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, pp. 177 y ss.

⁵¹⁷ 103 F. Supp. 337.

⁵¹⁸ 33 Del. Ch. 144.

⁵¹⁹ Marshall se había graduado en la Howard University Law Scholl —universidad negra creada por Charles Hamilton Houston—. Más tarde, como presidente de la NAACP, comenzó la lucha por los derechos civiles. Sobre Thurgood Marshall véase Nelson, William E., "Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism", cit., p. 796, y Patterson, James, *Brown vs. Board of Education...*, cit., pp. 12 y ss.

la segregación racial de un instituto en New Castle. Poco tiempo después un tribunal federal desestimó la demanda amparándose en la doctrina de “separados, pero iguales” de la sentencia *Plessy vs. Ferguson*. Como se dijo más arriba, en la doctrina de separados, pero iguales el tratamiento proporcionado a las dos razas debía ser el mismo: era evidente que en este caso no era así.

El otro asunto fue *Brown vs. Board of Education*,⁵²⁰ de 1954. A través de esta sentencia la Corte Suprema examinó la validez de la doctrina de separados, pero iguales, de *Plessy vs. Ferguson*. Oliver Brown, que demandó ante los tribunales una reparación legal de los perjuicios causados a su hija Linda (de siete años de edad) a la que se le había negado la admisión a una escuela primaria reservada para los blancos en la ciudad de Topeka, Kansas.⁵²¹

El juez Jackson encargó a sus letrados un informe en el que se abogó por la constitucionalidad de la segregación.⁵²² En el momento en que la demanda *Brown* llegó a la Corte Suprema, la segregación racial en las escuelas públicas era la norma en gran parte de la nación y se permitía o tenía fuerza de ley en veinticuatro estados.⁵²³ Dichas normas, alegan los demandantes, violaban el derecho de igual protección de la ley contenido en la enmienda XIV, pues la educación en las escuelas segregadas no es “igual” y no puede ser “igual”. En las instancias inferiores los tribunales habían negado reconocer el derecho de los demandantes fundamentándose en el cumplimiento de las normas segregacionistas.

Algunos magistrados dentro de la Corte habían sostenido que los casos de segregación racial debían darse *per curiam*, de forma pronta y sin argumentar para no dar lugar a críticas. Las resoluciones *per curiam* más típicas, apunta Arbós, son aquellas que carecen de firma y argumentos. Estas

⁵²⁰ 347 U. S. 483 (1954).

⁵²¹ Pitts, David, “*Brown vs. Junta escolar*. La decisión del tribunal supremo que cambió a una nación”, *Periódico electrónico del USIS*, vol. 4, núm. 2, septiembre de 1999. En línea: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0999/ijds/pitts.htm>, se accedió a la página el 20 de junio de 2004.

⁵²² El informe (o *dossier*), titulado *A Random Thought on the Segregation Cases*, fue redactado por Rehnquist de tendencia conservadora (Rehnquist llegaría a ser magistrado presidente de la Corte Suprema). En 1953, cuando se iba a discutir en pleno, murió el presidente de la Corte, Fred Vinson, por lo que no fue hasta finales de ese mismo año cuando se votó la sentencia.

⁵²³ Una ley de Kansas estableció la segregación en las escuelas primarias de comunidades cuya población pasara de 15,000 habitantes. Sus escuelas secundarias nunca habían estado segregadas.

sentencias comienzan a publicarse alrededor de 1880 para rechazar recursos que versan sobre cuestiones ya resueltas en sentencias anteriores. Las sentencias se resuelven a partir de decisiones unánimes, lo que, de cierto modo, compensaba la falta de argumentación explícita.⁵²⁴

El magistrado Frankfurter venía pidiendo esto al presidente de la Corte. Este hecho se conoce a través de una investigación de Hutchinson donde transcribe varias notas dirigidas a Vinson, presidente de la Corte en la víspera de la época de la desegregación. Frankfurter, por ejemplo, escribe en enero de 1948 lo siguiente: “it occurs to me that just as it was a very healthy thing for us to decide the case with the dispatch with which the per curiam was announced by you, it would be equally healthy to accelerate the disposition of present petition”.⁵²⁵

El ambiente fuera y dentro de la Corte era tenso, y parecía evidente que causaría resquemor cualquier decisión sobre el asunto de la segregación. Pues bien, la Corte declaró que la segregación racial es inconstitucional, y para motivarlo señaló:

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

La Corte Suprema usó este párrafo para fundamentar la sentencia *Brown*; sin embargo, este párrafo fue formulado por un juez de Kansas. La Corte hace referencia a estudios de la época que dejaban claro los efectos de la discriminación en los niños. Véase, por ejemplo, los resul-

⁵²⁴ Véase, por ejemplo, *Sipuel vs. Oklahoma State Regents* 332 U. S. 631, (1948); Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, pp. 268 y 269.

⁵²⁵ Hutchinson, J., “Unanimity and Desegregation: Decision-Making in the Supreme Court, 1948-1958”, *Georgetown Law Journal*, vol. 68, 1979, pp. 1-96. La posibilidad de utilizar argumentos jurídicos para contradecir lo dicho en *Plessy vs. Ferguson* parecía difícil, sobre todo considerando la forma tradicional de interpretar la Constitución en Estados Unidos de América. Lora Deltoro, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución...*, cit., p. 33.

tados del experimento de los psicólogos Kenneth and Mamie Clark (Clark fue el primer negro en graduarse como Ph.D en psicología de la Universidad de Columbia), que consistía en presentar a los niños negros, dos muñecas, una blanca y otra negra; inmediatamente se le pedía que escogieran la que les pareciera más agradable: muchos niños preferían las blancas.⁵²⁶ Las conclusiones era tan desalentadoras como palmarias: a los niños “como a otros seres humanos sujetos a un obvio estatus de inferior en la sociedad en la que ellos viven, se les ha causado un perjuicio definitivo en el desarrollo de sus personalidades; los signos de inestabilidad en sus personalidades son claros”.⁵²⁷

Algunas juntas escolares, como la de Topeka, Arkansas, donde se originó la demanda de Brown, no esperaron al dictamen de la Corte, y procedieron a terminar con la segregación de sus escuelas primarias para blancos y para negros. Pero en gran parte de la nación, la tarea resultaría más difícil. Apenas año y medio después de ser fallada la sentencia, en diciembre de 1955, el doctor Martin Luther King Jr. encabezó un exitoso boicot de los autobuses en Montgomery, Alabama, en protesta contra la segregación en el transporte público.⁵²⁸

⁵²⁶ Los datos fácticos que no pertenecen al caso en sí, sino que son generales, se les denomina “hechos legislativos” o *legislative facts*. La técnica de usar materiales probatorios de ciertos hechos que demuestran la razonabilidad o irrazonabilidad de la legislación aplicable al caso fue empleada por primera vez en el caso *Muller vs. Oregon*, 208 U. S. 412, 421 (1908), por el que más tarde sería juez de la Corte, Louis D. Brandeis; a partir de ese momento la técnica se denomina “Brandeis”. Véase Bianchi, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos...*, cit., p. 248.

⁵²⁷ Sobre esto véase Patterson, James, “*Brown vs. Board of Education...*”, cit., p. 132. El estudio de Clark se publicó en Clark, Kenneth B., “Effects of Prejudice and Discrimination on Personality Development”. Mindcentury White House Conference on Children and Youth, 1950. La investigación de Clark fue usada inicialmente como evidencia por los apelantes en el caso *Briggs*. Una versión del trabajo de Clark fue publicada como *Prejudice and Your Child*, Boston, Beacon Press, 1955. Véase especialmente los apéndices III y IV. Clark tendrá ocasión de comentar más tarde la sentencia *Brown*: Clark, Kenneth B., “The Brown Decision: Racism, Education, and Human Values”, *Journal of Negro Education*, vol. 57, núm. 2, 1988, pp. 125-132. La Corte también cita los estudios Witmer y Kotinsky, “Personality in the Making”, C. VI 1952; Deutscher y Chein, “The Psychological Effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Science Opinion”, *J. Psychol.*, vol. 26, 1948, p. 259; Chein, “What Are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?”, *Int. J. Opinion and Attitude Res.*, vol. 3, 1949, p. 229; Brameld, *Educational Costs, in Discrimination and National Welfare*, MacIver, 1949, pp. 44-48; Frazier, *The Negro in the United States*, 1949, pp. 674-681. Así como: *An American Dilemma*, 1944.

⁵²⁸ Cfr. Marshall, Frady, *Martin Luther King*, traducción de Marta Arguilé, Barcelona, Mondadori, 2003, pp. 255 y ss.

Aunque la Corte Suprema rechazó la segregación solamente en las escuelas públicas, su efecto fue mucho más amplio, pues ayudó a desatar una ofensiva general contra la segregación en todas las esferas de la vida norteamericana, inclusive en los servicios públicos y en el empleo, convirtiéndose en un raro ejemplo de una acción del Estado exigida por la Corte Suprema.

La propia lucha de la comunidad negra jugó un papel capital. La sociedad negra comenzó a manifestar su desacuerdo con el sistema segregacionista de diferentes formas. En 1953, en la ciudad de Baton Rouge, capital de Luisiana, se comenzó un boicot masivo en contra de los autobuses segregados.⁵²⁹ A éste le siguió uno de los episodios más importantes de esta lucha: el boicot de Montgomery. El 1o. de diciembre de 1955, en Montgomery, Alabama, en un autobús, Rosa Parks, costurera negra que pertenecía a la NAACP desde hacía varios años, se negó a ceder su asiento a un hombre blanco. Rosa fue detenida por violar las leyes de la ciudad. Los negros de Montgomery, Alabama, decidieron boicotear el servicio de autobuses.⁵³⁰

⁵²⁹ González Martín, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", *cit.*, pp. 135-141.

⁵³⁰ La sentencia *Brown* causó un estallido de júbilo entre los negros, y azuzó el sentimiento de impaciencia por destruir toda la estructura segregacionista. Cuando Edgar Daniel Nixon, líder y activista negro, se enteró del arresto de Rosa Parks, llamó al reverendo de la iglesia baptista de Dexter Avenue, en Montgomery, Martín Luther King Jr., para que se uniera al movimiento de protesta. Poco después, entraría King, no sin vacilaciones, a liderar el movimiento. Cfr. Marshall, Frady, *Martin Luther King*, *cit.*, pp. 49 y ss. Rosa Parks dedicó toda su vida a la lucha por los derechos civiles: murió el 24 de octubre de 2005 a los 92 años de edad. Armendáriz, Alberto, "Fallece Rosa Parks", *Reforma*, sección *Internacional*, 25 de octubre de 2005, p. 35A. Existe una interesante relación entre las ideas de Martin Luther King y las *affirmative actions*, pues su lucha no sólo estaba dirigida a terminar con la segregación. King llegó sostener la necesidad de establecer mecanismos que resarcieran los daños causados a la raza negra. El doctor King urgió la creación de *affirmative actions* como vía para empezar a rectificar los efectos provocados por generaciones de exclusión de la población negra estadounidense: una justicia compensatoria, como la que se les había otorgado a los soldados, apartados de la vida civil estadounidense durante el servicio militar. "Arrepiéntete, Estados Unidos" fue el lema que diseñó para el plan que anunció en 1967 ante la Conferencia de Líderes Cristianos del Sur (Southern Christian Leadership Conference) y que denominó "campana del pueblo pobre", que exigía una gran inversión federal ya no sólo en beneficio de los negros, sino para erradicar la pobreza del país, conseguir el pleno empleo, garantizar ingresos mínimos anuales y construir trescientas mil viviendas de protección oficial. Cook, Anthony, "Critical Race Law and Affirmative Action: The Legacy of Dr. Martin Luther King, Jr.", *Harvard Blackletter Journal*, vol. 8, 1991, pp. 66-97. El siguiente Boicot tiene lugar en Tallahassee, Flo-

En la lucha contra la discriminación racial todos los poderes del Estado están involucrados, pero fue la Corte Suprema la que dio el primer paso en la tarea titánica de terminar con la segregación racial. Con la sentencia *Brown vs. Board of Education*, de 1954, se inició el fin de la segregación racial constitucionalizada; sin embargo, la realidad era muy diferente: el mandato para desagregar se había incumplido flagrantemente. Como consecuencia, en 1955, otra sentencia conocida como *Brown II*, requirió acciones “prontas y razonables dirigidas al pleno cumplimiento” de la integración escolar. Se dijo que debían ser los tribunales inferiores quienes se encargarán de extraer las consecuencias de esta resolución.⁵³¹

En 1955 estamos ahora en una Norteamérica bajo la presidencia de Dwight Eisenhower, que significó el regreso de los republicanos al poder tras veinte años de presidentes demócratas: las políticas del gobierno tendían al conservadurismo. Eisenhower repudiaba la “posición de izquierda” acerca de que el Ejecutivo tiene poderes ilimitados. Para él, las prerrogativas de su cargo debían de emplearse tan poco como fuera posible.⁵³² Pero los tiempos habían cambiado, “si se quería lograr la desegregación, el presidente y el Congreso tendrían que asumir parte de la carga solitaria de la judicatura federal”.⁵³³

La resistencia blanca a la desegregación era generalizada, por lo que el presidente Eisenhower se vio en la necesidad de enviar tropas federales a Little Rock, en Arkansas, luego que el gobernador Orville Faubus desobedeció una orden de un tribunal federal de integrar las escuelas del Estado.⁵³⁴ En realidad, la decisión presidencial no fue parte de una política sistemática para terminar con la segregación. Después del episodio del

rida, en 1956. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, pp. 149-153.

⁵³¹ Algunos tribunales inferiores, como la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, sí implementaron lo dicho en *Brown*. Sobre esto véase Bass, Jack, *Unlikely Heroes*, Alabama, University of Alabama Press, 1981; *id.*, *Taming the Storm: The Life and Times of Judge Frank M. Johnson and the South's Fight Over Civil Rights*, Nueva York, Doubleday, 1993. El libro *Taming the Storm* es la biografía del juez Johnson, uno de los principales impulsores de la desegregación en Alabama.

⁵³² Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, *cit.*, p. 817.

⁵³³ *Ibidem*, p. 825. El episodio histórico de la desegregación se recoge prácticamente en todos los manuales de historia norteamericana. Véase, por ejemplo, Adams, Willi Paul, *Los Estados Unidos de América*, *cit.*

⁵³⁴ Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, *cit.*, pp. 824 y ss.

Little Rock, Eisenhower expreso: “Nunca dije lo que pensaba acerca de la decisión de la Corte Suprema: nunca lo he dicho a nadie”.⁵³⁵

El Congreso, en cambio, tomó otra actitud: en 1957, encabezado por Lyndon Johnson, líder de la mayoría del Senado, puso en vigor la primera ley de derechos civiles en ochenta y dos años. La ley establecía cierto grado de protección federal a los negros que deseaban votar y nombraba una comisión de derechos civiles. En septiembre de 1958 la Corte emitió otra decisión que obligaba a integrar los colegios que se habían negado a hacerlo.⁵³⁶

Una segunda ley, en 1960, autorizaba el nombramiento de árbitros federales para salvaguardar el derecho al voto, y tipificaba la violencia para obstruir una orden de la Corte como un delito federal. No obstante, seis años después de que la Corte había exigido la desegregación no había un solo colegio integrado en Carolina del Sur, Alabama, Mississippi o Luisiana.

La sentencia *Brown* es la piedra angular en la interpretación moderna del principio de igualdad en Estados Unidos. En la sentencia se rechaza la visión de interpretar la Constitución buscando la intención del constituyente, ya que la Corte “no puede atrasar el reloj a 1868 cuando la Enmienda fue adoptada, o hasta 1896 cuando el caso *Plessy vs. Ferguson* fue fallado”.⁵³⁷ La Corte ve más allá de lo propiamente establecido por la Constitución al valorar las consecuencias reales de la segregación. Esto es importante, ya que con esta sentencia la Corte de Warren dio marcha atrás en la segregación racial, no sólo en el ámbito de la educación, sino en todos, en el resto de las actividades públicas.⁵³⁸

Se ha especulado acerca de las razones que llevaron a la Corte a fallar en contra de la doctrina de separados, pero iguales. Hay quien sugiere que la guerra fría jugó un papel importante. Durante la guerra, señala Dudziak, los Estados Unidos argumentaban que el mundo estaba dividido en dos fuerzas: la del bien, dirigida por ellos, y la fuerza del mal, dirigida por la Unión Soviética. La segregación racial ponía en tela de juicio la imagen que el gobierno quería proyectar al exterior como defensor de

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 826. González Martín, Nuria, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, *cit.*, p. 120.

⁵³⁶ *Cooper vs. Aaron*, 1958, que analizaba la negativa de Arkansas de cumplir el mandato de *Brown* al no integrar los colegios públicos.

⁵³⁷ *Ibidem*, pp. 690 y 691.

⁵³⁸ Véase Carter, Robert L., “The Warren Court and Desegregation”, *cit.*, p. 238.

los derechos individuales, y era usada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en propaganda antiamericana⁵³⁹ —parece que no hay nada nuevo bajo el sol—. El Departamento de Estado hizo notar esta debilidad al tribunal en calidad de *amicus*:

La existencia de la discriminación en contra de una minoría en los Estados Unidos ha tenido un efecto adverso en la relación con otros países. La discriminación racial provee de granos a los molinos de propaganda comunista, e incrementa las dudas entre las naciones amigas acerca de la intensidad de nuestra devoción por la democracia.⁵⁴⁰

Otro factor que influyó fue la previa segregación racial en las fuerzas armadas norteamericanas como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.⁵⁴¹

Desde la Corte surge la doctrina de la obligación del Estado de velar por el cumplimiento de la prohibición de discriminación incluso en el ámbito privado, como quedó establecido en la sentencia *United States vs. Guest*.⁵⁴² Se cuestionan los efectos de la segregación, y de esta forma se toman en

⁵³⁹ Véase Dudziak, Mary L., “Brown and the Idea of Progress in American Legal History: A Comment of William Nelson”, *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, pp. 851-857.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 856. Véase también Nelson, William E., “Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism”, *cit.*, pp. 812 y ss. La tesis de Nelson sugiere que la Corte Suprema, desde la sentencia *Brown*, ha declinado motivar sus sentencias en las necesidades sociales, prefiriendo relacionar sus fallos con principios de moralidad política. El autor arguye que ningún principio de moralidad política triunfa permanentemente en “la pluralista sociedad americana”; como consecuencia de ello, las sentencias de la Corte tendrán en ocasiones resultados conservadores, y en otros, resultados liberales. Nelson sugiere la necesidad de que los fallos de la Corte se fundamenten en necesidades sociales, como lo hiciera el juez Cardozo u otros antes de la sentencia *Brown*. Recordemos que para Cardozo, la interpretación constitucional no debía ser interpretada como una serie de “conceptos doctrinales”; más bien debe ajustarse según las necesidades prácticas. Véase, por ejemplo, la sentencia *Panama Refining Co. vs. Ryan*, 293 U. S. 388, 440 (1935). Nelson señala la diferencia entre la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico. La jurisprudencia sociológica rechaza la fe de los formalistas en que las decisiones de los jueces no eran políticas, obedecían a criterios neutrales y tenían una fuente jurídica objetiva. Los realistas concluyeron que los jueces recurrían a fuentes externas al derecho, pero ¿cuáles serían esas fuentes? Para algunos, el juez está obligado a fallar conforme a los deseos de la sociedad; para otros, el juez es un director de los actos sociales que debe dirigir sus opiniones conforme sus ideas de justicia: de nuevo Dworkin se debe citar como ejemplo de estos últimos pensadores.

⁵⁴¹ Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, *cit.*, p. 276.

⁵⁴² 888 U. S. 745 (1966).

cuenta las consecuencias sociales de la misma, resolviendo que es contraria al mandato de igualdad, ya que privaba a los niños negros del derecho de una igualdad de oportunidades en la educación.

Como vimos, la decisión en *Brown* es duramente criticada; críticas que no sólo venían del ámbito social o jurídico: la clase política se movilizó en contra de las medidas tomadas por la Corte. Por ejemplo, en el estado de Georgia, el rechazo a la creación de escuelas desagregadas motivó la eliminación de las escuelas públicas. Los alumnos blancos recibían ayudas para estudiar en colegios privados de los que estaban excluidos los negros; de esta forma se mantuvo la segregación racial en las escuelas.⁵⁴³ Después de que la Corte Suprema fallara la sentencia *Brown vs. Board of Education*, por ejemplo, miembros del “Southern Congressmen” publicaron lo que llamaron *Principios constitucionales*. En el documento calificaron la decisión de la Corte como un “claro abuso del Poder Judicial” en el cual los jueces “han decidido legislar, derogando las atribuciones del Congreso”.⁵⁴⁴

La crítica más fuerte viene del profesor de la Universidad de Columbia, Herbert Wechsler, con el ensayo “Toward Neutral Principles of Constitutional law”.⁵⁴⁵ En la primera parte de su artículo justifica la legitimidad

⁵⁴³ Kruse, Kevin M., “The Paradox of Massive Resistance...”, *cit.*, pp. 1012 y ss. En *Griffin vs. Prince Edward County* (1964) la Corte anuló las subvenciones que un condado de Virginia había otorgado a los colegios privados que habían admitido niños blancos provenientes de escuelas públicas cerradas para evitar la integración racial.

⁵⁴⁴ *New York Times*, marzo de 1956. Citado por Chemerinski, Erwin, “The Supreme Court, 1988-Foreword: The Vanishing Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 103, 1989, p. 63. La función del juez constitucional en el conjunto del sistema ha sido un problema recurrente en la vida constitucional norteamericana, explica Enrique Alonso García: “El problema, olvidado en parte tras la crisis de 1937, resurgió en los sesenta con la presidencia de Warren y se exacerbó en los setenta con la de Burger”. Prólogo a la obra de Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, *cit.*, p. 11.

⁵⁴⁵ Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional law”, *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 1-35. El ensayo tiene su génesis en una conferencia pronunciada en la Holmes Lecture celebrada 1955 en la Universidad de Harvard. La Corte, argumentaba Wechsler, en lugar de actuar como un crudo órgano de poder, que anunciaba sus conclusiones *ad hoc*, debería proceder con base en principios de trascendencia en el caso en cuestión y tratar de igual manera casos similares. Sobre el ensayo de Wechsler puede verse Pollak, Louis, “Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Replay to Professor Wechsler”, *U. Pa. Law Review*, vol. 108, 1959, pp. 1-34; Arbos, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *cit.*; Wilkinson, Harvie J., *From Brown to Bakke...*, *cit.*, pp. 34 y ss.; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 31-63.

del control constitucional de las leyes. En la segunda parte propone criterios que deben emplearse para fundamentar las sentencias de la Corte Suprema, y critica con dureza las sentencias construidas en función del caso que pretenden resolver: los criterios *ad hoc* no son los más apropiados para justificar las decisiones de los tribunales. Wechsler señala que lo que debe distinguir la actuación judicial es precisamente que debe reposar en análisis y razones que trasciendan el resultado inmediato al que conducen. Asimismo, los tribunales deben actuar a partir de principios, referidos a valores de los que pueda razonablemente decirse que tienen una dimensión constitucional.⁵⁴⁶

Para él, los principios neutrales serían mantener doctrinas donde ya previamente se habían dado y prevalecían valores y extenderlos a otras áreas periféricas. En las sentencias, los jueces deben sacar a relucir los auténticos motivos fundamentales del fallo.⁵⁴⁷ En su opinión, las decisiones de la Corte deben trascender al caso concreto, usando lo que llama principio neutrales; principios que deben ser universalmente aplicados, pues no se pueden tomar en cuenta criterios oportunos para un caso controvertido. En su lugar se debe decidir sobre principios generales y neutrales, que distinguen la actuación de los órganos jurisdiccionales de las resoluciones políticas.

En realidad, casi todos los participantes del debate académico admitieron que la decisión en *Brown* era sustantivamente justa; su error era que no se fundamentaba en criterios neutrales.⁵⁴⁸ Wechsler considera que las sentencias *per curiam* no son adecuadas para resolver problemas de justicia, pues las sentencias deben obedecer a principios creados previamente sin atender al caso concreto. Considera la decisión de la Corte en *Brown* como un error, pues a sus ojos no hay nada de inconstitucional en la separación de las razas, aunque él mismo declara su pesar al no poder compartir la comida con su colega negro, el abogado Charles H. Houston; sin embargo, añade, el sufrimiento de la prohibición es para ambos.⁵⁴⁹ Las decisiones de la Corte después de *Brown* extienden la inconstitucionalidad de la segregación a otros ámbitos que nada tienen que ver con la educación.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁴⁸ Wechsler, Herbert, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *cit.*, p. 12.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 34.

Alexander Bickel era uno de los letrados ayudantes del juez Frankfurter cuando se preparaba la sentencia; él redactó un informe acerca de la interpretación de la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos a la luz de la intención original de sus autores.⁵⁵⁰ No trata de presentar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como un órgano ajeno a la política. Para él, su contexto es precisamente político. Se deben atender los principios sobre los que exista un amplio consenso social y no sólo a aquellos principios jurídicos a que se refiere Wechsler. Así, la Corte Suprema debe atender a valores sociales y formular los principios aceptables por la comunidad.⁵⁵¹

Pedían a la Corte Suprema: 1) que los jueces ofrecieran razones de sus decisiones; 2) que las razones se expusieran de forma coherente y completa; 3) que esas razones se hubieran basado en una discusión colectiva, y 4) que sus sentencias mostraran alguna conexión con las preferencias de la sociedad.

2. *El originalismo: la interpretación de la ortodoxia*

Como vimos, la reacción desatada por la sentencia *Brown* es enorme. Poco tiempo después, en la academia se revisan las formas de interpretar la Constitución. Esta corriente se creó como una reacción al activismo de la Corte del magistrado Warren.⁵⁵² ¿Debía interpretar la Corte Suprema libremente la cláusula de igualdad? Para los originalistas la respuesta es negativa, pues le otorgan la máxima importancia a la intención original del constituyente. Según la doctrina originalista, el significado del texto constitucional se basa en la intención de los padres constituyentes, sobre la base del modelo de los antecedentes históricos que denotan un significado concreto.⁵⁵³ Los detractores del activismo sostienen que la decisión representa un “Poder Judicial desnudo de poder”, ya que abandona el papel judicial para establecerse como un poder político. El activismo se traduce para los originalistas en una violación al principio de separación de poderes. Para

⁵⁵⁰ El informe lo desarrolla poco después en un artículo. Bickel, Alexander M., “The Original Understanding and the Segregation Decision”, *Harvard Law Review*, vol. 69, núm. 1, 1955-1956, pp. 1-65.

⁵⁵¹ Bickel, Alexander, *The least Dangerous Branch...*, cit., p. 329.

⁵⁵² Cfr. Dorado Porras, Javier, “El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos”, cit., p. 39.

⁵⁵³ Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 144.

ellos, las decisiones de la Corte deben estar libres de decisiones basadas en normas morales o en la subjetividad de los jueces.⁵⁵⁴

El originalismo a ultranza, inspirado en algunas ideas de Wechsler, Berger, Learned Hand y *Messe III*, alcanza su mayoría de edad con algunos escritos del presidente de la Corte Rehnquist.⁵⁵⁵ *Messe* sostiene que una interpretación fiel de la Constitución, una jurisprudencia acorde a la intención original, no es una jurisprudencia de resultados políticos. Está mucho más comprometida con el procedimiento, y es una jurisprudencia que busca despolitizar el derecho.⁵⁵⁶ Para los originalistas, la Corte no puede añadir mediante una labor interpretativa nada que no hubiera sido previsto por los constituyentes.⁵⁵⁷

El principio de la sentencia *Brown vs. Board of Education*⁵⁵⁸ representa una interpretación moderna del principio de igualdad en Estados Unidos. Su tesis es precisamente antioriginalista, ya que se rechaza la visión de interpretar la Constitución buscando la intención del constituyente: la Corte “no puede atrasar el reloj a 1868 cuando la Enmienda fue adoptada, o hasta 1896 cuando el caso *Plessy vs. Ferguson* fue fallado”.⁵⁵⁹ La Corte ve más allá de lo propiamente establecido por la Constitución al valorar las consecuencias reales de la segregación.

El tema de la interpretación constitucional es el más importante del constitucionalismo norteamericano actual. Los debates más importantes versan precisamente sobre cómo debe interpretarse la cláusula de igualdad y el *due process* de la decimocuarta enmienda de 1868.⁵⁶⁰ Aunque el

⁵⁵⁴ Sobre el tema véase Friedman, Barry, “Neutral Principles: A Retrospective”, *Vand. L. Review*, vol. 50, 1997, pp. 503-536.

⁵⁵⁵ Meese, Edwin III, “Construing the Constitution”, *cit.*, p. 22; Berger, Raoul, *Government by Judiciary y Death Penalties*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; Bork, Robert, “Neutral Principle and some first Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971-1972, pp. 1-35; Bork, Robert, “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”, *Wash. U. Law Q.*, vol. 3, 1979, pp. 695-701; Bork, Robert, *Tradition and Morality in Constitutional Law*, Washington, American Enterprise Institute, 1984; Rehnquist, “Political Battles for Judicial Independence”, *Washington Law Review*, vol. 50, 1975, pp. 835-852.

⁵⁵⁶ Meese, Edwin III, “Construing the Constitution”, *U. S. Davis Law Review*, vol. 19, 1995, p. 29.

⁵⁵⁷ Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, *cit.*, p. 55.

⁵⁵⁸ 347 U. S. 483 (1954).

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pp. 690 y 691.

⁵⁶⁰ La bibliografía sobre interpretación constitucional es enorme. Véanse, por ejemplo, Tushnet, Mark, “The U. S. Constitution and the Intent of the Framers”, *Buffalo Law Review*, vol. 36, 1987, pp. 217-226; Perry, Michael J., “The Authority of Text,

texto constitucional es la base de toda interpretación, no todos están de acuerdo en qué valor otorgarle a la intención del constituyente, a la literalidad del texto.

Uno de los principales autores originalistas es Robert Bork. Para él, las libertades consagradas en el *Bill of Rights* y en las enmiendas de la guerra civil se deben limitar a la clara intención del legislador,⁵⁶¹ pues ellas no contemplan todas las libertades deseables, sino sólo aquellas expresamente establecidas. Así, por ejemplo, en ningún lugar la Constitución prohíbe la discriminación fuera del ámbito racial. No vacila tampoco en rechazar cualquier interpretación de las enmiendas V y XIV que amplíen derechos fundamentales.

Para el autor de *Tempting of América* —obra donde sintetiza su doctrina de interpretación constitucional—,⁵⁶² el originalismo es necesario para reprimir la discreción judicial, por lo que es imposible que se amplíen los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Para Bork, el derecho al aborto no debe ser reconocido como un derecho fundamental, ya que ésta no fue una intención de los constituyentes.⁵⁶³

La polémica sobre los derechos sociales es una polémica sobre originalismo. Si la Constitución no contempla derechos sociales, la Corte no puede reconocerlos.⁵⁶⁴ Para Bork, las ideas de aquellos autores que sos-

Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional Interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985, pp. 551-602; Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, cit. Véanse también Mohino, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, cit.; Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, cit.; Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, cit.; Iglesias Villa, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104; Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 6-30; Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Razonamiento jurídico e interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 193-220; Balaguer Callejón, María, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁵⁶¹ Chemerinsky, Erwin, “The Constitution is not «Hard Law»: The Bork Rejection and the Future of Constitutional Jurisprudence”, *Const. Comment*, vol. 6, 1989, p. 29.

⁵⁶² Bork, Robert, *Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Free Press, 1990.

⁵⁶³ Es el caso de la sentencia *Roe vs. Waden*, 410 U. S. 113 (1973), que invalidó un estatuto que penaba el aborto en Texas.

⁵⁶⁴ En la década de los setenta Frank I. Michelman aboga por el reconocimiento de estos derechos. Según él, la cláusula de igual protección de las leyes de la enmienda XIV

tienen que la Corte debe proteger derechos no consagrados en la Constitución, otorgándoles el mismo rango que los señalados expresamente como fundamentales, están basadas en “argumentos filosóficos y morales más que en el texto constitucional, en su historia o estructura”.⁵⁶⁵ Para él, si los redactores de la Constitución hubieran querido delegar a los jueces la función de crear nuevos derechos por un método moral o filosófico, podríamos esperar que ellos lo hubieran señalado así.

El profesor agrega de forma irónica que los redactores podrían haber resuelto el problema redactando una novena enmienda que declarase: “La Corte Suprema debe, de tiempo en tiempo, encontrar e implementar derechos adicionales, los cuales serán determinados por la filosofía moral, o por consideraciones de las ideas dominantes del gobierno de la República”.⁵⁶⁶

Para Bork, el Poder Judicial no debe crear normas constitucionales, no debe legislar. Lo dicho por Bork es discutible. Es verdad que el Poder Constituyente debe establecer las normas fundamentales, es el pueblo representado el que decide sobre las leyes que deben regir en la sociedad.⁵⁶⁷ Pero si las Constituciones suelen estar redactadas en términos abstractos, ¿cómo deben entenderse los principios constitucionales? La decisión última, como vimos en el capítulo anterior, recaerá en un órgano colegiado de jueces; ellos conocerán sobre la constitucionalidad de las normas. Sin embargo, la premisa inicial de deferencia a la labor legislativa otorga una

permite ampliar el universo de protección de la igualdad. Así, el derecho a la igualdad debe contener el reconocimiento de una mínima protección de estos derechos sociales que tendrían un fundamento en la Constitución si se interpreta ésta de una forma menos restrictiva. Michelman, Frank, “Protecting The Poor Through The Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 83, 1969. Bork ataca el argumento de Michelman, señalando que la idea de que la gente tendría un acceso más eficaz a los procesos políticos si sus necesidades básicas estuvieran cubiertas acarrea un problema básico: los jueces no pueden invocar derechos más allá de los previstos por la Constitución. Bork, Robert, “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”, *cit.*, p. 698. Sobre lo dicho por Michelman véase Durchslag, Melvyn R., “Constraints on Equal Access to Fundamental Liberties: Another Look at Professor Michelman’s Theory of Minimum Protection”, *Georgia Law Review*, vol. 19, 1984-1985, pp. 1041-1074.

⁵⁶⁵ Bork, Robert, “The impossibility of finding...”, *cit.*, p. 696.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 697.

⁵⁶⁷ Esto se relaciona con la noción del Estado de derecho, donde los poderes públicos están constreñidos por normas generales: leyes fundamentales o constituciones, y deber ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan. Doctrina que se remonta a los clásicos, transmitida por las doctrinas políticas medievales: superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, según la fórmula *lex facit regem*. Cfr. Bobbio, Norberto, “Liberalismo y democracia”, *cit.*, p. 18.

fuerte presunción a favor de la norma: presunción *iuris tantum*. Lo anterior, en su sentido clásico, se entiende como una casi completa libertad del legislador. La racionalidad de las normas sería la única limitante.

Las críticas al originalismo suelen tener como argumento la propia forma en como está redactado el texto constitucional: si el constituyente redactó la Constitución deliberadamente de forma abstracta lo hizo porque suponía los cambios que se darían en la sociedad a lo largo de la historia; el legislador buscaba que la Constitución fuera “resistente” a los cambios.⁵⁶⁸

Para otros, las ideas del Constituyente no son ideas acabadas, los principios establecidos en la Constitución son susceptibles de una mejor interpretación, incluyendo la interpretación del propio legislador.⁵⁶⁹ Cuando el juez se enfrenta a un caso tratará, en primer lugar, de buscar una norma especial que permita resolver el caso. Un caso fácil sería aquel para el cual no exista esa norma para el caso concreto.

En el modelo clásico, defendido por el formalismo jurídico, se sostiene la idea de que los jueces elaboran sus sentencias mediante un silogismo cuya premisa mayor está en las leyes y cuya premisa menor se extrae de los hechos comprobados en un litigio.⁵⁷⁰ Lamentablemente, no todos los conflictos que se le presentan a un juez encuentran una norma que nos dé una respuesta certera.

La idea de la igualdad se ha prestado siempre a diferentes interpretaciones, por lo que se le considera un concepto esencialmente controvertido (*essentially contested concept*).⁵⁷¹ Como señala Jeremy Waldron: “una expresión deviene controvertida cuando es claro que expresa un criterio normativo; sin embargo, personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio”.⁵⁷²

⁵⁶⁸ En el capítulo primero nos referimos a la importancia de la abstracción constitucional en la resistencia constitucional.

⁵⁶⁹ Richards, David A. J., “La intención de los constituyentes”, *cit.*, p. 145.

⁵⁷⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 20.

⁵⁷¹ La expresión viene del artículo: Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceeding of the Philosophical Society*, vol. 56, 1956-1957, p. 167. Sobre los conceptos esencialmente controvertidos véase la tesis doctoral: Torbisco Casals, Neus, “Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal”; Calsamiglia Blancafort, Albert y Moreso Mateos, José Juan (dir.), Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, 2000, pp. 22 y ss.; Iglesias Villa, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

⁵⁷² Waldron, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: some Philosophical Issues”, *California Law Review*, vol. 509, 1994, p. 526.

Cuando la norma aplicable es una de aquellas redactadas en términos abstractos, “vagos” o “ambiguos” no da luz acerca de cómo se debe resolver el caso. El jurista que inicia con el estudio sobre la vaguedad y ambigüedad en los conceptos de derecho es Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992).⁵⁷³

Para Hart, el texto constitucional presenta ambigüedades semánticas y sintácticas. Las ambigüedades semánticas se dan cuando una palabra tiene más de un significado. Por su parte, las sintácticas se dan cuando una oración puede expresar más de una proposición porque las conexiones entre las distintas palabras que componen pueden interpretarse de distintos modos.

Una expresión es vaga cuando existe incertidumbre en la aplicación, tenemos suficiente información sobre el objeto; sé todo lo que necesito saber de él. La duda se origina sobre el campo de aplicación de la palabra,⁵⁷⁴ no

⁵⁷³ Lo anterior no es casualidad. Recordemos que H. L. A. Hart pertenece a la escuela de jurisprudencia analítica. Para esta escuela, el papel primordial de la jurisprudencia es “esclarecer el significado preciso de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico, poner en descubierto sus relaciones, y exhibir la semejanzas y distinciones que ellos reflejan”. Sobre esto véase Carrió, G., “Introducción”, en Hart, Herbert L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. XI. La escuela de jurisprudencia analítica, junto con el positivismo jurídico continental, atraviesa un periodo de desprestigio tras la Segunda Guerra Mundial: después de las atrocidades de la guerra no parecía haber cabida para un derecho relacionado con el relativismo ético. Hart se encarga de darle nuevos bríos a los estudios analíticos, influenciado por el positivismo jurídico de Hans Kelsen y por las corrientes del pragmatismo instrumental norteamericano, como el realismo jurídico. Pero la aportación más importante de Hart viene de la influencia en su obra de la filosofía lingüística; filosofía con raíces en las ideas de G. Frege y más tarde en las de Russell y Wittgenstein, que se caracteriza por la búsqueda de un lenguaje científico, lógico y libre de las confusiones usuales del lenguaje ordinario. Hart trabaja durante la Segunda Guerra Mundial en el Servicio de Inteligencia Británico; ahí conoce a los filósofos de la Universidad de Oxford, Gilbert Ryle y a Sir Stuart Hampshire. Sobre la biografía intelectual de Hart véase Orrego, Cristóbal, “Antecedentes iusfilosóficos de el concepto de derecho de H. L. A. Hart”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 84, 1995, pp. 1091-1137; Páramo Argüelles, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 15, 1988, pp. 339-361, y Raz, Joseph, “En memoria de H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 27-30.

⁵⁷⁴ Para Grice: “To say that an expression is vague (in a broad sense of vague) presumably, roughly speaking, to say that there are cases (actual or possible) in which one just does not know whether to apply the expression or to withhold it, and one’s not knowing is not due to ignorance of the facts”. Grice, H. P., *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, citado por Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 31. Sobre la vaguedad *cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional...*, *cit.*, pp. 19 y ss.; Carrió, Genaro, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, pp. 31 y ss., y Herbert,

hablamos de ambigüedad pues sabemos lo que quiere decir joven, adulto, calvo o anciano. Hay casos claros en los que nadie dudaría en aplicar la palabra y casos en los que nadie dudaría en no usarla. Sin embargo, hay una franja más o menos extensa de casos posibles frente a los cuales, si se presentan, podría haber dudas en la aplicación de los términos.⁵⁷⁵

Aun con los problemas en la interpretación constitucional antes descritos la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido una serie de principios que utilizará el juez a la hora de enfrentarse a una demanda de inconstitucionalidad de una norma.

Mucho tiempo ha pasado desde que el juez Marshall redactara la sentencia *Marlbury vs. Madison*. La Corte desde entonces ha desarrollado un sofisticado mecanismo que ha evitado, en la medida de lo posible, la discrecionalidad judicial, y que son el resultado de la propia doctrina constitucional.

“El principio de igualdad prohíbe hacer distinciones basadas en la raza o en el sexo —por ejemplo— que no estén justificadas o que sean irrazonables. Lo que lesiona la igualdad no es la distinción, sino su falta de justificación”.⁵⁷⁶ De ahí el hecho de que las normas sean racionales sea el primer requisito que deben cumplir las normas.

Aquí cabe hacer una distinción entre el término racionalidad y el de razonabilidad: la razón,⁵⁷⁷ como la noción de racionalidad, se vincula a

Hart, “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957, pp. 593-629.

⁵⁷⁵ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 32.

⁵⁷⁶ Calsamiglia, Albert, “Sobre el principio de igualdad”, en Peces Barba, Gregorio, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1992, p. 102; Freund, Paul A., “Igualdad, raza y trato preferente”, en Mooney, M. y Stuber, F., *Los humanistas y la política. Aliciente en tiempos difíciles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 42-49.

⁵⁷⁷ Entendemos aquí razón como facultad de discurrir: reflexionar, pensar, hablar acerca de algo, aplicar la inteligencia. Ahí donde es posible una indagación o una investigación la razón es la guía autónoma en todos los campos. Abbagnano, Nicola, “Razón”, *Diccionario de Filosofía*, traducción de Alfredo Galetti, México, Fondo de Cultura Económica, 1995. Recordemos que Hume rechaza la concepción racionalista en el sentido de que “toda criatura racional está obligada a regular sus acciones mediante la razón”, libro II, parte III, sección III, párrafo 413. Aunque usamos aquí la edición castellana: Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1998, existe la costumbre casi universal de citar los párrafos correspondientes a la edición inglesa: Selby-Bigge, L. A., *A Treatise on Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, Inglaterra, Oxford at the Clarendon Press, 1888. Continuaremos con esta costumbre en este trabajo. “La razón —señala Hume— no puede ser nunca motivo de ninguna acción de la vo-

criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, lo razonable y lo irrazonable están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable”.

Para resolver la contradicción entre necesidad del legislador de hacer clasificaciones dentro de la ley, y el mandato constitucional de igualdad, se ha creado la doctrina de la clasificación racional. La Corte Suprema utiliza el escrutinio de racionalidad para resolver la paradoja de la igualdad contenida en la cláusula de la enmienda XIV.

Se entendía que la racionalidad era el único requisito que debían cumplir las normas para que éstas fueran consideradas válidas.⁵⁷⁸ En la sentencia *Gulf Colorado & Santa Fe Railway vs. Ellis*,⁵⁷⁹ decidida en 1897, se determina que el mero hecho de clasificar no es suficiente para considerar que una norma ha cumplido con lo establecido por la cláusula de igualdad contenida en la decimocuarta enmienda: “No sólo debe figurar una clasificación, ésta debe estar razonablemente fundada, y no ser sólo una selección arbitraria”.⁵⁸⁰

La Corte Suprema ha entendido que el principio de igualdad no implica tratar a todas las personas por igual. Así lo establece en su sentencia *Tigner vs. Texas* que señala: “La Constitución no exige que dos cosas distintas de hecho sean tratadas en la ley como si ellas fueran iguales”.⁵⁸¹

luntad; segundo: que la razón no puede oponerse nunca a la pasión en lo concerniente a la dirección de la voluntad”. *Ibidem*, p. 413.

⁵⁷⁸ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza...*, cit., p. 168. Sobre el tema de racionalidad véase Bennett, Robert, “Mere Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory”, *California Law Review*, vol. 67, 1979, pp. 1049-1103; Bice, Scott, “Rationality Analysis in Constitutional Law”, *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1980-1981, pp. 1-62; Vikram, David Amar, “Some Questions about Perfectionist Rationality Review”, *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1993-1994, pp. 1029-1034; Strasser, Mark, “Unconstitutional? Don’t Ask; if It Is, Don’t Tell: on Deference, Rationality and the Constitution”, *University of Colorado Law Review*, vol. 66, 1994-1995, pp. 375-460, y Joyce, Patricia M., “Equal Protection Challenge to Economic Regulations: «Mere» Rationality or «Near» Rationality”, *Loyola Law Review*, vol. 23, pp. 584-594.

⁵⁷⁹ 165 U. S. 150 (1897).

⁵⁸⁰ La sentencia señala textualmente: “The mere fact of classification is not sufficient to relieve a status from the reach of the equality clause of the Fourteenth Amendment... it must appear not only that a classification has been made, but also that it is one based upon some reasonable ground —some difference which bears a just and proper relation to the attempted classification— and is not a mere arbitrary selection”.

⁵⁸¹ 310 U. S. 141, 147 (1940) “The Constitution does require that things different in fact be treated in law as though they were the same”.

Por tanto, contamos, por una parte, con la necesidad que tiene el legislador de clasificar, y, por la otra, el mandato general de la igualdad contenido en la Constitución.

En la sentencia *FS Royster Guano Co. vs. Virginia* se señala: “una clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe estar basada en una diferencia justa; teniendo una justa y sustancial relación con el objeto de la legislación”.⁵⁸² Otra formulación de esta idea se establece en *Thompson vs. Consolidated Gas Co.* La decisión es frecuentemente citada como la última sentencia del debido proceso “económico”. En esta sentencia se conoce sobre la constitucionalidad de una ley del estado de Texas que limitaba la producción de gas a las compañías demandantes con el supuesto fin de prevenir contaminantes. En la opinión del magistrado Brandies, las normas no pueden ser válidas si muestran una relación poco razonable con sus fines.⁵⁸³

El acto de clasificar se refiere a determinar si un individuo es miembro de una clase en particular. Eso será posible si encontramos que aquél posee el rasgo característico que define a la clase: un individuo *X* es miembro de la clase *Y* si, y sólo si, *X* posee el rasgo que define la clase *Y*. La racionalidad estaría determinada por el grado de coincidencia entre el propósito⁵⁸⁴ de la ley y los medios para cumplirla.

Señala Farrell que:

...una política racional debe ser aquella que esté diseñada para dirigir acciones pensando en la consecución de una cierta meta. Como mínimo, por lo tanto, requiere de tres elementos: un cierto conocimiento de las condiciones actuales; la identificación de un futuro buscado o una meta y la suposición de que las acciones escogidas contribuirán a realizar la meta deseada; suposición que a veces es denominada hipótesis instrumental.⁵⁸⁵

⁵⁸² 253 U. S. 412 (1920): a “classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation”.

⁵⁸³ 300 U. S. 55 (1937) “The probation orders would not be valid if shown to bear no reasonable relation to the prevention of waste or the protection of correlative rights, or if shown to be otherwise arbitrary”.

⁵⁸⁴ Utilizaremos el término “propósito” para referirnos a la finalidad formal a la cual la norma es dirigida. Véase Farrell, Rober C., “Legislative Purpose and the Equal Protection Rationality Review”, *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992, pp. 1-66; Hans, Linde, “Due Process of Lawmaking”, *Nebraska Law Review*, vol. 55, p. 223.

⁵⁸⁵ Farrell, Rober C., “Legislative Purpose...”, *cit.*, p. 4.

Según el ensayo clásico de Tussman y Tenbroek, una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas que están similarmente situadas respecto del propósito de la ley.⁵⁸⁶ Dejar fuera a un grupo similarmente situado es indicio de que aquella clasificación obedece a fines distintos a los establecidos en la norma.

Para los propósitos de la cláusula de igual protección de la ley, la racionalidad legislativa es usualmente relacionada con las normas *underinclusive* y *overinclusive*. Según Tussman y Tenbroek, debemos tomar en cuenta dos clases diferentes de clasificaciones. En primer lugar se tendría a la clasificación legislativa llamada “T” (del inglés *Trait*), que la integran todos los individuos que poseen el rasgo distintivo; en segundo lugar (la clase de aquellos similarmente situados respecto al propósito de la ley a la que se le denomina “M” (del inglés *misschief*) y que se compone de todos los individuos que están afectados por el daño al que la ley da respuesta.

Existen, según los autores norteamericanos, cinco posibles respuestas. El análisis de racionalidad consistiría en examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a las personas bajo un criterio apropiado: si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedecería al grado de acierto al incluir a las personas similarmente situadas para los fines de la ley: una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines.⁵⁸⁷ El cuadro elaborado por Tussman y Tenbroek es el siguiente:

⁵⁸⁶ Tussman, Joseph y Tenbroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *cit.*, p. 347. La aceptación de las ideas aportadas por Tussman y Tenbroek es general. Véase, por ejemplo, Barret, Edward L., “Judicial Supervision of Legislative Classification. A more Modest Role for Equal Protection?”, *Brigham Young University Law Review*, 1976, p. 123; Brest, Paul, “Palmer v. Thompson: an Approach to the Problem on unconstitutional legislative motive”, *The Supreme Court Review*, 1971, p. 106, nota 64. El ensayo de Tussman y Tenbroek es un clásico en materia de igualdad, considerado como una de las contribuciones más importantes al estudio de la enmienda decimocuarta. Véase Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle...”, *cit.*, p. 16. El profesor Tenbroek fue un reconocido activista de los derechos de los discapacitados. Para esto véase Bagenstos, Samuel R., “The Future of Disability Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 114, 2004, p. 13, nota 40. Sobre el ensayo de Tussman y Tenbroek en español véase Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, *cit.*, pp. 208 y ss.

⁵⁸⁷ El uso de las reglas de Tussman y Tenbroek es usual los tribunales norteamericanos. Véase por ejemplo el voto disidente de Harland en la sentencia *Harper vs. Virginia*

- 1) Todos los T son M, y todos los M son T: clasificación perfectamente racional. La clasificación de esta ley coincide completamente con la clase de personas que están similarmente situadas respecto al propósito de la norma.
- 2) Ningún T es M: clasificación perfectamente irracional.
- 3) Todos los T son M, pero algunos M no son T: clasificación *underinclusive*. No incluye a todas las personas que se encuentran similarmente situadas: hay quienes no están en la clasificación, pero deberían estarlo
- 4) Todos los M son T, pero algunos T no son M: clasificación *overinclusive*. Incluye a más personas que las similarmente situadas.
- 5) Algunos T son M; algunos T no son M, y algunos M no son T: clasificación mixta de 3 y 4.

El test de racionalidad usado por la Corte es algo más que el examen de adecuación descrito por Tussman y Tenbroek; consiste en examinar las normas para establecer los motivos o razones que se alegan para justificar sus clasificaciones y establecer si se adecuan a la Constitución.⁵⁸⁸ Al usar un escrutinio mínimo, la Corte Suprema usualmente ha considerado que el Estado cumple con el requisito de ser racional.

En estricto sentido, la racionalidad es la relación medios fines, por lo que se deberían utilizar medios objetivos para conocer si una norma es

Board of Elections, 383 U.S. 663. En algunas sentencias de tribunales de otras latitudes lo establecido por Tussman y Tenbroek es usado para fundamentar los fallos. Véase por ejemplo las sentencias de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia: C-708/02 y C-741/03, donde se conoce de la presunta inconstitucionalidad de leyes del Congreso, o la sentencia de la Corte Suprema de Canadá: *Andrews vs. Law society of British Columbia*, 1989 Can LII 2 (SCC).

⁵⁸⁸ El juicio de razonabilidad, en el ámbito constitucional español, como lo señala el Tribunal Constitucional, puede ser de dos tipos, a saber: el test de simple razonabilidad *stricto sensu* que supondría la consideración exclusiva de si existe o no una diferencia fáctica que justifique la desigualdad normativa en cuestión, y el test de razonabilidad en un sentido *lato*, que también puede ser denominado test de proporcionalidad, que supone la consideración de los fines que persigue la norma fiscalizada. Así, el Tribunal entiende generalmente como arbitraria una ley cuando la desigualdad carece de fundamentación objetiva o razonable. O bien, existe una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, que implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos fundamentales. “La introducción de elementos diferenciadores será constitucionalmente lícita cuando sea lícito el fin que se persigue y las consecuencias jurídicas que resultan de la diferenciación sean adecuadas y proporcionadas a ese fin”. STC 75/95. Sobre esto véase Prieto Sanchís, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *cit.*, pp. 175-198.

racional; sin embargo, esto parece poco menos que imposible: el juez necesitará siempre que se aporten argumentos capaces de compensar la inexactitud en la clasificación utilizada.⁵⁸⁹

Quizá porque se relacionaba con los “excesos” cometidos relacionados con el debido proceso económico⁵⁹⁰ el uso de la racionalidad como instrumento del juez es abandonada en la era del *New Deal*. Más tarde, en la década de los años cincuenta, el lenguaje de racionalidad parece resurgir.⁵⁹¹

En la década de los sesenta se continúa con la práctica de atender a la racionalidad de las normas. Un ejemplo claro se encuentra en la sentencia *Griffin vs. Illinois*.⁵⁹² Aquí la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Illinois que establecía como requisito para dar trámite al recurso de *writ of error* el pago de copias del expediente del juicio, que sólo exentaba del pago a los indigentes sentenciados a muerte. Esto fue apelado por Griffin, quien consideró al estatuto como contrario al debido proceso y a la cláusula de igual protección de la enmienda XIV, pues al no contar con fondos suficientes para pagar los derechos exigidos se le estaba privando de su derecho a la legítima defensa.

Así, la Corte consideró que la ley violaba lo establecido en la enmienda XIV, por ser contrario a la cláusula de igual protección de las leyes. Con esta sentencia la Corte reconoció la obligación del Estado de proveer a todas las personas de los medios necesarios para ejercer el derecho a la acción sin consideraciones a las circunstancias económicas.⁵⁹³ Ésta es la pri-

⁵⁸⁹ La misión de la justicia constitucional no es tanto la de precisar “la mejor” o la “única” respuesta posible, sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. Sobre el examen de razonabilidad véase Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm. 19, 1996, pp. 39-86.

⁵⁹⁰ Así lo establece Bennett: Bennett, Robert, “Mere Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democracy Theory”, *cit.*, p. 1053.

⁵⁹¹ Véase, por ejemplo, *Wieman vs. Updegraff*, 344 U. S. 183, 192 (1952) o *Morey vs. Doud*, 351 U. S. 12 (1956).

⁵⁹² 351 U. S. 12, 18 (1956).

⁵⁹³ Este reconocimiento obedece a los principios de justicia de Rawls. De esta forma, el igual derecho a un juicio justo corresponde al principio rawlsiano de que las libertades básicas deben estar distribuidas con igualdad; el derecho al voto correspondería al formulado por Rawls como igualdad en la distribución de las libertades fundamentales, y, por último, el principio de igual derecho a la educación de Rawls. Sobre el cual, sin embargo, la Corte ha considerado que no existe un derecho a la educación pública gratuita: *Rodríguez vs. San Antonio Ind. School Dist.* 411 U.S. 1, 35 (1973). No obstante, en la sentencia *Plyler vs. Doe* 457 U.S. 202 (1982), la Corte consideró inconstitucional negar la educación gratuita a niños ilegales en el estado de Texas, lo que viene a matizar lo di-

mera sentencia en la que fuera del ámbito racial se anula una ley que es formalmente igualitaria, al sostener que en la aparente igualdad de condiciones para todos se escondía una diferencia de trato por una cuestión de estatus económico. La profesora Bussiere sostiene que la sentencia establecía un implícito reconocimiento de que los criterios económicos, al igual que los basados en la raza, son considerados sospechosos.⁵⁹⁴

3. Otras clasificaciones: mujeres, extranjeros, hijos ilegítimos

Vimos que la sentencia *Korematsu* inicia la doctrina de las clasificaciones sospechosas. Pues bien, en la década de los años sesenta se vuelve familiar el uso del escrutinio estricto⁵⁹⁵ para analizar la constitucionalidad de las normas que parecen discriminar a determinados grupos. La peculiaridad es que ahora ya no es la raza el rasgo que indica discriminación: comienza la lucha contra la discriminación en otras áreas, la existencia de ciertos grupos que por sus condiciones particulares se encuentran en una situación de desventaja respecto al resto de la sociedad.⁵⁹⁶

cho en *Rodriguez*. Michelman, Frank, "Protecting The Poor Through The Fourteenth Amendment", *cit.*, pp. 13 y ss.

⁵⁹⁴ Brusiere, Elizabeth, "The Failure of Constitutional Welfare Rights in the Warren Court", *Political Science Quarterly*, vol. 109, 1994, 105-131, p. 110. Las decisiones posteriores de la Corte habrán de matizar esta postura, ya que las clasificaciones económicas que se considerarán sospechosas lo serán en virtud de ser obstáculo para ejercer un "derecho fundamental". Más adelante tendremos oportunidad de estudiar lo anterior.

⁵⁹⁵ La frase "escrutinio estricto" o *strict scrutiny* deriva de la sentencia *Skinner vs. Oklahoma*, 316 U. S. 535, 541 (1942), donde la Corte, en nombre de la cláusula de igual protección, anula una ley de Oklahoma que pretendía esterilizar a los reos que hubieran reincidido tres o cuatro veces en la comisión de ciertos delitos. La norma estaba motivada en la eliminación de las tendencias criminales que se suponían heredadas. La Corte reconoce un "interés fundamental" en la procreación, es decir un derecho superior a la finalidad buscada por el gobierno. De ahí que la sentencia *Skinner* es frecuentemente citada como el génesis de la nueva protección por parte de la Corte de los derechos fundamentales. 316 U. S. 541 (1942).

⁵⁹⁶ Rosenfeld, Michel, *Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Jordi Freixes Montes, en Álvarez Conde, Enrique et al., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 83-102; Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Londres, Yale University Press, 1991; Rosenfeld, Michel, *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, *cit.*, pp. 28-34; Osborne, Raquel: "¿Son las mujeres una minoría?", *Isegoría*, 14, 1996, pp. 79-93; *id.*, "Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y la políticas de igualdad", *Papers: Revista de Sociología*, núm. 53, 1997, pp. 65-76.

A. Discriminación contra mujeres

Poco tiempo después de ser ratificada la enmienda XIV la negativa del estado de Illinois de conceder una licencia para ejercer la abogacía a una mujer fue llevada a la Corte Suprema, que sentencia:

El derecho civil, como la propia naturaleza, ha reconocido siempre una profunda diferencia en las respectivas esferas y destinos del hombre y la mujer. El hombre es, o debe ser, el protector de la mujer, así como su defensor. La natural timidez de la mujer, así como la delicadeza que la caracterizan, la incapacitan para determinadas ocupaciones civiles.⁵⁹⁷

La Corte usó el mismo criterio en *Goesaert vs. Clearly*,⁵⁹⁸ donde se rechazó el recurso de una mujer y de su hija contra una ley de Michigan que impedía a las mujeres regentar bares salvo si eran esposas o hijas de un hombre titular de una licencia. La medida avalada por la Corte —se reconocerá después—pretendía perpetuar el monopolio masculino de estos establecimientos. Para el magistrado Frankfurter:

El hecho de que las mujeres hayan podido alcanzar las prerrogativas que los hombres han poseído tiempo atrás, y ahora compartan los mismos vicios con éstos, no imposibilita a los estados a establecer una línea que divida los sexos, en materias tales como la regulación del tráfico del licor... La Constitución no requiere al legislador reflejar los cambios sociológicos...⁵⁹⁹

La misma línea se siguió para aquellas demandas que solicitaban la anulación de las normas que imposibilitaban ejercer el derecho al voto a las mujeres,⁶⁰⁰ o en la exclusión de las mujeres para formar parte de jurados populares.⁶⁰¹ En la sentencia *Muller vs. Oregon*,⁶⁰² la Corte modificó el principio sostenido en *Lochner*, bajo el cual las normas que limitaban

⁵⁹⁷ 83 U. S. (16 Wall.) 130, 141 (1873).

⁵⁹⁸ 335 U. S. (1948).

⁵⁹⁹ 335 U. S. 464, 466 (1948). La traducción es nuestra.

⁶⁰⁰ *Minor vs. Happersett*, 88 U. S. (21 Wall.) 162 (1875).

⁶⁰¹ *Hoyt vs. Florida*, 368 U. S. 57 (1961). En realidad la norma no negaba el derecho a las mujeres a formar parte de los jurados populares, pues las mujeres que se ofrecieran como voluntarias podría formar parte de dichos jurados: “No podemos señalar que sea inconstitucional que un Estado, que actúa en la búsqueda del bienestar general, concluya que las mujeres deben estar exentas del deber cívico de servir en un jurado a menos que ellas mismas determinen que tal servicio es compatible con sus propias responsabilidades...”. La traducción es nuestra.

⁶⁰² 208 U. S. 412, 421 (1908).

la libertad contractual eran inconstitucionales. Bajo la lógica de la Corte el estado debía proteger a la mujer cuya estructura física la situaba en desventaja para la subsistencia frente al hombre.⁶⁰³

En la sentencia *Reed vs. Reed*,⁶⁰⁴ de 1971, fue la primera ocasión en que la Corte Suprema reconoció discriminación legal en contra de una mujer. En ésta se declaró inconstitucional un precepto del Código Civil del estado de Idaho que establecía preferencias de los hombres sobre las mujeres para administrar los bienes del intestado.

Dos años después, en *Frontiero vs. Richardson*,⁶⁰⁵ se analiza la constitucionalidad de un plan de la fuerza aérea que establecía beneficios automáticos para las esposas de los militares; sin embargo, condicionaba las ayudas a los esposos, pues se debía probar que estos últimos dependían económicamente de ellas. De esta guisa, la Corte Suprema debe responder si una ley federal que establece diferenciaciones entre sexos es inconstitucional por violación de la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda.

En una opinión bastante dividida, la Corte encontró que el interés del gobierno no podría justificar prácticas discriminatorias. En la sentencia se reconoce la larga tradición histórica de discriminación sexual. Pero en lo que no se ponen de acuerdo los jueces es en qué método usar: cuatro de los magistrados (Brennan, Douglas, White y Marshall) usan un método estricto, bajo el cual consideran que la ley del Congreso es inconstitucional; tres magistrados (Powell, Blackmun y el chief Burger) llegan al mismo resultado; sin embargo, rechazan expresamente usar el método más estricto, juzgando el caso bajo el método tradicional. El magistrado Stewart considera inconstitucional la ley sin pronunciarse por el método, mientras que el magistrado Rehnquist disiente sobre el fondo del asunto.

A partir del caso *Craig vs. Boren*⁶⁰⁶ (1976), la Corte comienza a usar un método *ad hoc*. En este asunto se analiza la constitucionalidad de una ley de Oklahoma que prohibía la venta de alcohol a los varones menores de veintiún años, mientras que la prohibición de venta a las mujeres se reducía a los dieciocho: la distinción entre géneros, dice la Corte, “debe

⁶⁰³ Sobre el cambio de rumbo de la Corte véase Ackerman, Bruce A., *We the people. Transformation*, cit., pp. 345 y ss.

⁶⁰⁴ 404 U. S. 71 (1971).

⁶⁰⁵ 411 U. S. 677 (1973).

⁶⁰⁶ 429 U. S. 190 (1976).

servir a objetivos gubernamentales importantes y debe estar substancialmente relacionada con la consecución de esos objetivos”.

La Corte Suprema estableció que para resolver supuestos casos de discriminación por razón de sexo se debía aplicar un método intermedio: *intermediate test*, que requiere que la relación entre clasificación legal y el objetivo del Estado esté substancialmente relacionado con los objetivos del gobierno. La Corte literalmente señala: “must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives”.

Las alegaciones del gobierno a favor de la norma en *Craig vs. Boren* se basaban en cuestiones de seguridad vial: las estadísticas demostraban la mayor peligrosidad que representaban los hombres frente a las mujeres en la conducción de vehículos. La Corte considera que los argumentos del gobierno son demasiado endebles para justificar el uso de medios legislativos basados en el sexo.⁶⁰⁷ El nuevo test intermedio fue usado en varias ocasiones para declarar inconstitucionales varias políticas y leyes gubernamentales que utilizaban clasificaciones de género.

Es el caso de *Califano vs. Goldfarb*,⁶⁰⁸ donde se cuestiona una norma que condicionaba las pensiones al cónyuge masculino a que se demostrara que él hubiera estado sobreviviendo con parte del salario de ella, requisito que no existía para el caso de que fuera ella la que tuviera derecho a la pensión de viudedad. Ahora, con el antecedente de *Craig*, el estudio es diferente, es decir, usando un método intermedio, se llegó a la conclusión de que la norma discriminaba. Un argumento al que atendieron los jueces fue que también las familias se veían perjudicadas, no tanto el viudo en lo individual.⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Rosenfeld, Michel, *Igualdad y acción afirmativa para las mujeres...*, cit., pp. 95 y ss. Para Rosenfeld, la norma anulada en *Craig* más que favorecer a las mujeres tenía como consecuencia la perpetuación de los estereotipos sexistas que a la larga perjudican al género femenino.

⁶⁰⁸ 430 U. S. 199, 210–11 (1977). Esta es una *plurality opinion*, es decir, la mayoría está de acuerdo en el fallo, pero ninguno coincide en la motivación, pues cada uno de los magistrados dicta un voto particular razonado.

⁶⁰⁹ La doctrina del escrutinio intermedio se sigue aplicando posteriormente. Véase *Califano vs. Webster*, U. S. 313, 316–317 (1977), *Stanton vs. Stanton*, 429 U. S. 501 (1977), donde se declara inconstitucional una disposición que establecía la obligación alimentaria con los hijos hasta los 21 años pero con las hijas hasta los 18 años. En *Orr vs. Orr*, 440 U. S. 268, 279 (1979), se cuestiona una ley de Alabama que en caso de divorcio establece derecho a pensiones a la mujer pero no al hombre. El mismo criterio se usó en *Caban vs. Mohammed*, 441 U. S. 380, 388 (1979); *Massachusetts Personnel*

Mississippi University for Woman vs. Hogan.⁶¹⁰ La Corte Suprema declaró inconstitucionales las políticas de admisión de la escuela estatal de enfermería Mississippi University for Women (MUW), que negaban el ingreso de hombres, señalando que dicha exclusión estaba motivada para proteger a las mujeres. La Corte fundamentó el fallo en la cláusula de igual protección de la ley.

La magistrada O'Connor, autora de la opinión mayoritaria, demandó que el gobierno del estado debía presentar una "justificación sobradamente convincente" (o *exceedingly persuasive justification*),⁶¹¹ que hace más difícil superar el examen de constitucionalidad. La Corte señala que los estatutos reflejan unos estereotipos arcaicos.⁶¹² Por lo tanto, el estado no debe excluir o proteger a los miembros de un género porque se presume que sufren de una desventaja o inferioridad innata.

La sentencia *Hogan* distinguió entre las clasificaciones que se usaban para beneficiar a las mujeres de aquellas que estaban basadas en estereotipos. Como explicara la magistrada O'Connor, una política que "directa e intencionalmente asiste a los miembros del sexo proporcionalmente más castigado" probablemente superará el desafío a su constitucionalidad ("Intentionally and directly assists members of the sex that is disproportionately burdened"); sin embargo, la clasificación probablemente no superaría el examen de constitucionalidad si el propósito que subyace es en realidad el de promover nociones y estereotipos arcaicos acerca de la mujer.⁶¹³

De acuerdo con la Corte, la escuela de enfermería de Mississippi no fue capaz de probar que las políticas de ingreso servían para beneficiar al

Adm'r vs. Feeney, 442 U. S. 256, 273 (1979); *Califano vs. Westcott*, 443 U. S. 76, 85 (1979); *Wengler vs. Druggists Mutual Ins. Co.*, 446 U. S. 142, 150 (1980). En *Kirchberg vs. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981), se anula una ley del estado de Louisiana que establecía que el marido era titular y dueño de los bienes del matrimonio, por lo que no necesitaba del consentimiento de la cónyuge para disponer de los bienes adquiridos dentro del matrimonio. Véase también las sentencia *Michael M. vs. Superior Court*, 450 U. S. 464, 468-69 (1981) (*plurality opinion*, con voto concurrente del magistrado Blackmun); *Rostker vs. Goldberg*, 453 U. S. 57, 69-72 (1981).

⁶¹⁰ 458 U. S. 718 (1982).

⁶¹¹ Tomamos la traducción que hacen Beltrán de Felipe y González García de *exceedingly persuasive justification* a las palabras en español: justificación sobradamente convincente. Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (selección, traducción y estudio), *Las sentencias básicas...*, cit., p. 558. Esta frase fue utilizada por vez primera en la sentencia *Pers. Adm'r of Mass. vs. Feeney*, 442 U. S. 256, 273 (1979).

⁶¹² "...reflects archaic and stereotypic notion" 458 U. S. 725 (1982).

⁶¹³ 458 U. S. 725 (1982).

sexo femenino, ya que las mujeres dominaban el ámbito de la enfermería. Además, la Corte consideró que las políticas de la escuela ayudaban a perpetuar el estereotipo de que el trabajo de enfermera era exclusivo de mujeres.⁶¹⁴

La Corte consideró que en el caso de las discriminaciones por género debía demostrarse que la clasificación legal atiende a objetivos importantes del estado, y que el empleo de la discriminación está sustancialmente relacionado para lograr esos objetivos. El precedente del uso de un escrutinio *ad hoc* se ve cimentado en 1994 por la sentencia *J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*⁶¹⁵

En *U. S. vs. Virginia*,⁶¹⁶ de 1996, se falla una de las sentencias más importantes de la historia de los derechos de las mujeres. El asunto tiene su génesis en la financiación con dinero público por parte de los estados de Carolina del Sur y Virginia a las academias militares de Citadel y VMI, respectivamente. El litigio que había llegado a la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, la cual declaró inconstitucional la exclusión de mujeres, pero aceptando la creación de una institución similar exclusiva para mujeres: Virginia Women's Institute for Leadership (VWIL).⁶¹⁷ El gobierno federal recurrió a la Corte Suprema por considerar que las escuelas volvían a la doctrina de separados, pero iguales, de *Plesy vs. Ferguson*.

⁶¹⁴ 458 U. S. 729-730 (1982).

⁶¹⁵ 511 U. S. 127 (1994).

⁶¹⁶ 518 U. S. 515 (1994). Sobre esta sentencia véanse Ponte, Lucille M., "United States vs. Virginia: Reinforcing Archaic Stereotypes about Women in the Military under the Flawed Guise of Educational Diversity", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 7, 1996, pp. 1-84; Hooton, Angela D., "Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color: a Hopeless Paradox?", *Wisconsin Women's Law Journal*, vol. 15, 2000, pp. 391-437; Martín Vida, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos...", *cit.*, pp. 181 y ss.; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, pp. 133 y ss.; *id.*, "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre las affirmative action basada en el género", *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 4, 2000, pp. 8 y 9; Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas-IVAP, 1997, p. 38; y Suay Rincón, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985, p. 118.

⁶¹⁷ La decisión de crear un instituto paralelo al VMI se tomó entre las tres opciones que daba la Corte de Apelaciones: admitir mujeres, establecer un programa comparable al VMI o transformar el VMI en una institución privada, el estado de Virginia creó un instituto paralelo al VMI exclusivo para mujeres: Virginia Women's Institute for Leadership (VWIL). 976 F.2d 890 (4th. C. ir. 1992).

Los argumentos que daba el estado a favor de la exclusión de las mujeres de este instituto eran que otorgaba una educación con un nivel de exigencia que se vería alterado si se aceptasen mujeres. Además, según la defensa, los métodos implantados en la escuela, distintos al común de instituciones, otorgaban diversidad en el ámbito educativo del estado. La Corte recuerda que las clasificaciones de género debían ser analizadas bajo un escrutinio muy severo,⁶¹⁸ señalando que existe una “fuerte” presunción de constitucionalidad cuando se clasifica según el género.⁶¹⁹

Se reconoce que la disparidad en el tratamiento puede servir para reparar los efectos de la “discriminación que las mujeres han podido padecer desde el punto de vista económico”,⁶²⁰ para “asegurar las oportunidades en materia laboral”,⁶²¹ o para “promover el pleno desarrollo de los talentos y las capacidades de nuestro pueblo”.⁶²² Sin embargo, para la Corte, el estado de Virginia no demostró que existiera una razón “sobradamente convincente” que acreditara la discriminación de género.

El argumento de la diversidad en la educación no fue considerado válido, pues no se pudo demostrar que la política de las admisiones de la VMI hubiese sido creada o mantenida para fomentar esa supuesta diversidad. Es destacable que la sentencia señala que no siempre son válidos los motivos bienintencionados: “Para que sean admisibles, deben poner de manifiesto los verdaderos objetivos del Estado, y no sólo explicar o racionalizar las medidas que en el fondo se basan en una finalidad distinta (*Weinberger vs. Wiesenfeld*)”.⁶²³

Además, la VWIL de Virginia no podía ofrecer a mujeres las mismas ventajas ofrecidas a los hombres por la VMI. La VWIL no proveía a las mujeres del mismo entrenamiento militar riguroso, de la misma calidad en la enseñanza, cursos, instalaciones, oportunidades financieras o reputación.

La Corte de Apelaciones se equivocó al someter la decisión de crear la VWIL (Virginia Women’s Institute for Leadership) a un control judicial

⁶¹⁸ La Corte nos recuerda los precedentes *Mississippi University for Woman vs. Hogan* y *J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*, que establecen un escrutinio intermedio para las clasificaciones de género. Asimismo, recuerda las sentencias que por más de ciento treinta años permitían utilizar clasificaciones de género para discriminar a las mujeres que se fundamentaran en motivos razonables (*Goesaert vs. Cleary*).

⁶¹⁹ Como lo había señalado en *J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*

⁶²⁰ *Califano vs. Webster*, U. S. 313, 316–317 (1977).

⁶²¹ *California Fed. Savs. & Loan Ass. Guerra* 479 U. S. 272, 281 (1987).

⁶²² *Goesart vs. Cleary*, 335 U. S. 464 (1948).

⁶²³ 420 U. S. 636, 648 (1975).

limitado, pues “todas las diferencias de trato basadas en el sexo de las personas requieren actualmente una fiscalización intensa” (*J. E. B. vs. Alabama ex rel. T. B.*, 1994).

Pese a que es cierto que la VWIL puede ser útil y valiosa para las alumnas que deseen matricularse en ella, el plan del estado de Virginia al respecto no representa absolutamente ningún remedio para la privación de oportunidades y desventajas que han padecido las mujeres que quieren ser admitidas en la VMI y que reúnen los requisitos y capacidades para ello. En pocas palabras, el modo en el que, en cumplimiento de la sentencia, Virginia pretende remediar la discriminación, en absoluto es adecuado para remediar la vulneración constitucional. El estado no acreditó ninguna razón “sobradamente convincente” para impedir a las mujeres que sean aptas, ingresar en la VMI y seguir la formación de primer nivel que allí se ofrece. Usando un escrutinio *ad hoc*, la Corte declaró que las políticas de la VMI, al excluir a las mujeres, eran inconstitucionales: el estado de Virginia violó la cláusula de igual protección de la ley de la enmienda XIV.

B. Extranjeros

Hasta ahora hemos estudiado dos grupos que, por sus especiales características, la Corte considera que deben gozar de una especial protección, pero ¿qué factores debemos tomar en cuenta a la hora de aplicar un escrutinio más riguroso? Ely habla de tres factores primarios para la utilización del escrutinio estricto: 1) el escrutinio estricto es apropiado para proteger grupos que enfrentan obstáculos para participar en procesos políticos; 2) para la defensa de ciertos grupos sobre los cuales se han generado prejuicios y hostilidades, aislándolos del resto de la sociedad; y 3) para la defensa de grupos sobre los cuales se han creado estereotipos falsos que pueden resultar en normas que no otorgan valor a los intereses del grupo minoritario.⁶²⁴

Pues bien, según la idea de Ely, los extranjeros estarían en esta especial situación. Podemos observar que muy pronto en la historia de la Corte Suprema se conoce sobre el derecho de los extranjeros en Estados Unidos. Nos referimos a la sentencia *Yick Wo vs. Hopking*, de 1886⁶²⁵

⁶²⁴ Véase Figgis, John, “Developments in the Law Immigration Policy and the Right of Aliens”, *96 Harvard Law Review*, 1982-1983, p. 1407.

⁶²⁵ 118 U. S. (1886).

(como tuvimos oportunidad de señalar, la sentencia es el primer antecedente jurisprudencial que prohíbe la discriminación legal). En ésta se estudia la constitucionalidad de la norma que prohibía la operación de lavanderías en edificios de madera sin el consentimiento de supervisores del estado. Por sí misma, la medida no parecía discriminatoria; sin embargo, si consideramos que dos de cada tres establecimientos de madera eran propiedad de ciudadanos chinos, queda en evidencia el trato desigual. Al demandante le fueron denegados los permisos de operar en dichos edificios, mientras que no sucedía lo mismo con personas de raza blanca. Esto fue considerado como contrario a la cláusula de igual protección de la ley.

Mucho más reciente es la sentencia *Korematsu*, sentencia que, como vimos, usa la noción de clasificaciones sospechosas para las clasificaciones raciales. Después de esta sentencia la Corte Suprema continúa considerando sospechosas las clasificaciones de personas por su raza o por su origen.⁶²⁶ Este criterio se usa sin distinción en casos posteriores que versan sobre presuntos actos discriminatorios contra extranjeros, aunque éstos no contaran con la nacionalidad estadounidense.

La calidad de extranjeros ilegales agrava la situación de segregación en la que se encuentran.⁶²⁷ Los extranjeros no tienen derecho al voto, por lo que sería fácil demostrar la desventaja en la que se encuentran respecto al resto de la población.⁶²⁸ En realidad, el uso del escrutinio en los ca-

⁶²⁶ Véase por ejemplo el caso *Oyama vs. California*, 332 U. S. 633 (1948). La mayoría de los miembros de la Corte decidieron que la ley de extranjería de California era inconstitucional (prohibición de los estados de privar de beneficios y privilegios a los ciudadanos de los Estados Unidos) al establecer la imposibilidad de adquirir la nacionalidad a los hijos de extranjeros, así como negar el derecho de estas personas a adquirir, poseer, ocupar, alquilar o transferir propiedades en la región agrícola.

⁶²⁷ Así lo entendió la Corte en las sentencias *Truxax vs. Raich* 239 U. S. 33 (1915).

⁶²⁸ Rosberg sostiene que cuando un grupo está completamente excluido del proceso legislativo la presunción de constitucionalidad no se puede dar; por consiguiente, la Corte debe analizar con un escrutinio inusualmente estricto el propósito de la norma y los efectos de dicha exclusión. El autor parte de la premisa de que la condición de ser extranjero es una clasificación sospechosa, y por esa razón el escrutinio estricto será el apropiado estándar de revisión. Rosberg, Gerald M., "Aliens and Equal Protection: Why not the Right to Vote?", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976-1977, pp. 1105 y ss. El autor defiende esta tesis con la intención de demostrar que la norma que niega el derecho al voto de los extranjeros debería ser analizada bajo un escrutinio estricto. "I am starting from the premise that alienage is a suspect classification and for that reason I am assuming that strict scrutiny is the appropriate standard for review of a statute denying aliens the vote". En España, Ferreres Comella se expresa en términos similares al referirse a la

sos en los que se involucran derechos de extranjeros han sido confusos e inconsistentes.⁶²⁹ Los críticos rechazan el uso del escrutinio estricto señalando que el estatus de extranjero no es inmutable. Asimismo, el uso del requisito de la ciudadanía es frecuentemente usado por la propia Constitución.

En 1970 se usó el mismo escrutinio estricto para analizar diferencias basadas en el estatus de extranjero: “that classifications based on alienage... are inherently suspect and subject to close scrutiny”. Bajo este principio, la Corte, en *Graham vs. Richardson*,⁶³⁰ declaró inconstitucional una ley estatal que negaba beneficios sociales a extranjeros.

Fue el magistrado Blackmun quien consideró la categoría de extranjero como una clasificación sospechosa, al señalar que son una minoría diferenciada y aislada —“discret and insulated”— por lo que debía ser objeto de una especial protección. Lo que implica que el test ha sido ampliado a ámbitos distintos al racial.⁶³¹

La protección de la Corte Suprema a la categoría de extranjeros se debilitó con la sentencia *Nyquist vs. Mauclet*,⁶³² donde se introduce el criterio que señala que los extranjeros que no han intentado obtener la nacionalidad norteamericana conservando la propia no gozan de los mismos derechos que los ciudadanos. De ahí que las normas que perjudican a este tipo de extranjeros, que voluntariamente han preferido su estatus, no deben gozar de presunción de inconstitucionalidad.

Este principio se refuerza en la sentencia *Foley vs. Connelie*,⁶³³ donde se establece que el escrutinio estricto sólo debe utilizarse cuando se obstruye el derecho de los extranjeros de solicitar la ciudadanía estadounidense, negándose así importantes beneficios: la exclusión de los extran-

situación de las mujeres: “A mi juicio, el hecho de que exista subrepresentación de las mujeres en el parlamento, por ejemplo, es relevante a los efectos de determinar el grado de sospecha con la que el juez constitucional debe examinar las leyes que les perjudican”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, cit., p. 258.

⁶²⁹ Boyd, Tamra M., “Keeping the Constitution’s Promise: An Argument for Greater Judicial Scrutiny of Federal Alienage Classifications”, *Stan. Law Review*, vol. 54, 2001-2002, p. 319. “El estatus de la clasificación de extranjero es confuso”. La traducción es nuestra. Así lo señalan Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *Constitutional Law in a Nutshell*, Estados Unidos de América, Thomas West, 1995, p. 293.

⁶³⁰ 403 U. S. 365, 372 (1971).

⁶³¹ Véase Boyd, Tamra M., “Keeping the Constitution’s Promise: An Argument for Greater Judicial Scrutiny of Federal Alienage Classifications”, cit., p. 321.

⁶³² 432 U. S. 1 (1977).

⁶³³ 435 U. S. 291 (1978).

jeros de la protección de ciertos derechos debe contar [sólo] con una justificación racional de parte del Estado.⁶³⁴

Para la Corte, la diferencia histórica entre los derechos de los ciudadanos y los extranjeros no debe olvidarse. Así lo sostuvo en *Sugurman vs. Douglass*,⁶³⁵ por lo que una ley local que excluía a los extranjeros de competir en las vacantes del servicio civil fue declarada constitucional. La distinción entre ciudadanos y extranjeros que hace el estado es legítima.

Consecuentemente, en *Ambach vs. Norwick*⁶³⁶ consideró que un estatuto de Nueva York, que prohibía el ingreso como profesor de escuela pública a toda persona que no sea ciudadano de Estados Unidos a menos que esa persona haya manifestado una intención de solicitar ciudadanía, no era contrario a la enmienda XIV de la Constitución.⁶³⁷

El caso más problemático de fechas recientes, señala Tribe,⁶³⁸ es sin duda *Plyler vs. Doe*⁶³⁹ donde se considera inconstitucional una ley del estado de Texas que negaba el derecho a la educación a niños extranjeros ilegales.⁶⁴⁰ El congreso local argumenta que debido a la presencia ilegal de los demandantes en el estado no estaba obligado a suministrarles edu-

⁶³⁴ A State is required to justify its exclusion of aliens from such governmental positions only "by a showing of some rational relationship between the interest sought to be protected and the limiting classification".

⁶³⁵ 413 U. S. 634, 647 (1979).

⁶³⁶ 441 U. S. 68 (1977).

⁶³⁷ Después de *Foley y Ambach*, la Corte en *Cabell vs. Chavez Salido*, 454 U. S. 432 (1982), consideró constitucional una ley del estado de California que excluía a los extranjeros para cubrir las vacantes de funcionarios del estado (*peace officers* u oficiales probatorios).

⁶³⁸ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, cit., p. 1551. Sobre este asunto véase Bernal, David, V., "Constitutional Law —A State Statute Which Denies an Education to Undocumented Aliens is Unconstitutional— *Doe vs. Plyler*", 458 F. Supp. 569 (E.d. Tex. 1978), *Immigration and Nationality Law Review*, pp. 581-608, y G. B. C., "Undocumented Aliens Equal Protection and the right to Free Public Education: *Doe vs. Plyler*", *Alabama Law Review*, vol. 33, 1981-1982, pp. 181-197; McGinnis, Laurie, "Undocumented Aliens' Right to Medicaid after *Plyler vs. Doe*", *Fordham International Law Review*, vol. 7, 1983-1984, pp. 83-117.

⁶³⁹ 457 U. S. 202 (1982).

⁶⁴⁰ Versa sobre una ley aprobada en 1975 por el Poder Legislativo del estado de Texas, que prohibía el uso de fondos públicos para la educación a personas que no eran ciudadanas de los Estados Unidos o extranjeros legalmente admitidos en el país. El estatuto impugnado —*Texas Educ. Code Ann* 21.031, Vernon 1975— decía: "Todo niño con nacionalidad norteamericana, o extranjeros legalmente admitidos en el país de cualquier grado escolar, y cuyas edades, a partir del primer día de septiembre se encuentren entre los cinco años como mínimo y veintiuno como máximo, tendrán derecho a beneficiarse de los escolares para ese año".

cación. La finalidad perseguida por la ley, según el Congreso, era ahorrar fondos públicos, así como mejorar la calidad de la educación impartida por las escuelas públicas.

La mayoría de los magistrados declinaron utilizar un escrutinio estricto considerando que la situación de los ilegales era voluntaria.⁶⁴¹ El juez Brennan, en cambio, consideró con acierto que estos niños no tenían control en las decisiones de los padres de emigrar ilegalmente a Estados Unidos: la falta de control sobre su carácter ilegal en territorio norteamericano los hace víctimas de la legislación del Estado.

La Corte se enfrenta de nuevo al problema de establecer el escrutinio al que estaría sujeto este asunto, es decir, el escrutinio estricto o el test de simple racionalidad. En *Plyler*, la Corte determina que los demandantes son miembros de una clase especialmente segregada, formada en la fronteras del territorio de los Estados Unidos: "...the plaintiffs are special members of the underclass created by the substantial shadow population of illegal immigrants within the borders of United States".⁶⁴²

La Corte decide no aplicar el escrutinio mínimo, asociado con la revisión de la legislación económica o de asistencia social, y en su lugar utiliza un escrutinio medio. Así las cosas, se consideró que la ley negaba la igual protección de las leyes a los extranjeros ilegales: la educación es de especial importancia, pues sustenta el legado democrático de los Estados Unidos.

La Corte en la sentencia *Plyler* considera ahora que la educación, aunque no tiene carácter de interés fundamental juega un "papel cardinal" o "pivotal role". La sentencia más adelante señala: "La educación ha tenido el papel fundamental de mantener las bases de nuestra sociedad... negar la educación a grupos marginados de niños representa una afrenta a uno de los objetivos de la cláusula de igual protección de la ley".⁶⁴³

El derecho a la educación no es un derecho fundamental, la clasificación de extranjero ilegal no es considerada sospechosa; sin embargo, el test usado es más estricto de lo usual, de ahí que se use el calificativo de híbrido: *hybrid equal protections test*.⁶⁴⁴ La aparente contradicción con lo establecido en *Rodriguez*, que negaba la existencia del derecho funda-

⁶⁴¹ McGinnis, Laurie, "Undocumented Aliens' Right to Medicaid after *Plyler vs. Doe*", *cit.*, p. 85.

⁶⁴² *Plyler vs. Doe*, 102 S. Ct. 2832, 2395-96 (1982).

⁶⁴³ *Plyler* 457 U. S. 221-222. La traducción es nuestra.

⁶⁴⁴ Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 1551.

mental a la educación, es salvada con el argumento de que una “relativa” privación del derecho a la educación de la sentencia *Rodriguez* no afecta el interés fundamental, ya que no negaba el derecho a la educación de forma absoluta. En cambio, la privación completa de este derecho tiene como consecuencia procesal el uso de un escrutinio más estricto.⁶⁴⁵

La Corte consideró que la ley, al negar educación gratuita a los extranjeros ilegales con objeto de ahorrar fondos públicos y de proveer de una mejor educación a ciudadanos y extranjeros legalmente admitidos, es contraria a la enmienda XIV.

Podemos resumir el criterio de la Corte de la siguiente forma: las normas estatales en materia educativa que usan como base la calidad de extranjeros deben ser analizadas bajo un escrutinio intermedio, que sólo será superado si el Estado demuestra un interés sustancial, interés que no quedó demostrado en este caso concreto.

En sentencias posteriores esta tesis ha cobrado fuerza en la doctrina jurisdiccional. Un ejemplo lo tenemos en el caso *Martínez vs. Bynum*,⁶⁴⁶ que señala que los extranjeros que se encuentran de forma ilegal en el país son personas que gozan de la protección de leyes iguales consagradas en las enmiendas V y XIV.

Como vemos, las discusiones en la Corte se limitan a establecer si los derechos están o no protegidos por la Constitución, es decir, si están incluidos explícita o implícitamente en ésta. Parece entonces que los derechos sociales están condenados a ser estudiados bajo el escrutinio mínimo bajo el cual es muy fácil para el gobierno justificar sus actos discriminatorios. Aunado a esto, al establecer la Corte arbitrariamente cuáles son los derechos que se encuentran protegidos por la Constitución crea una concepción flexible de los derechos: la Corte juega con los escruti-

⁶⁴⁵ 458 F. Supp.at 580. La enmienda XIV no hace distinciones entre personas, como lo señala la sentencia *Wong Wing vs. United States* 163 U. S. 228, 238 (1896): “[La] enmienda XIV no está confinada a la protección de ciudadanos americanos. Pues dice: «ningún Estado podrá privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la igual protección de la ley». Esta disposición es universal en su aplicación a todas las personas en la jurisdicción territorial, sin consideración de cualquier diferencia de raza, color o nacionalidad, y la igual protección de la ley es un compromiso de la protección de leyes iguales”. Deirdre, Dexter, “Constitutional Law: the Equal Protection Clause: The Effect of *Plyler vs. Doe* on Intermediate Scrutiny”, *Oklahoma Law Review*, vol. 36, 1983, pp. 324 y 325.

⁶⁴⁶ 461 U. S. 321 (1983).

nios que utilizará para juzgar los casos que se presentan como presuntamente contrarios a la Enmienda XIV.⁶⁴⁷

C. *Hijos ilegítimos*

Además de la raza y la nacionalidad, el uso del escrutinio estricto se ha usado en el juicio de constitucionalidad de las clasificaciones que involucran la ilegitimidad. Aunque en realidad la Corte no ha usado el término de “estricto” para referirse al escrutinio que usa en los casos de ilegitimidad,⁶⁴⁸ lo cierto es que ha usado un test más severo en este tipo de asuntos.

No obstante, parece no existir un criterio consistente. En el caso *Levy vs. Louisiana*,⁶⁴⁹ por ejemplo, se usa un escrutinio intermedio para analizar las clasificaciones que usan el carácter de hijo ilegítimo. La ley impugnada del estado de Louisiana excluía a los hijos ilegítimos de los derechos de sucesión. En otras sentencias, como *Weber vs. Aetna Casualty & Surety Co.*⁶⁵⁰ se señala la prohibición de discriminar según el estatus de nacimiento.

En realidad, la Corte ha tenido una actitud ambivalente al momento de determinar el grado de escrutinio que utiliza. Por ejemplo, en la sentencia *Labine vs. Vincent* se estudia la constitucionalidad de una ley que da preferencia, en el caso de intestado, a los hijos legítimos frente a los ilegítimos. La Corte habla de “derechos fundamentales de la persona” para justificar el escrutinio estricto. En *Trimble vs. Gordon* y *Lalli vs. Lalli*⁶⁵¹ se anulan sendas leyes que discriminaban a los hijos ilegítimos en los derechos sucesorios. Ambos casos se estudiaron bajo un escrutinio. En *Trimble* se señala que “the law was not substantially related to a permissible state interest”. No pasa lo mismo en el asunto *Lalli*, donde se estudia ba-

⁶⁴⁷ Sobre la idea de la concepción flexible de la igual protección de la ley véase Yarbrough, Tinsley E., “The Burger Court and Unspecified Right: on Protecting Fundamental Right or Interests through a Flexible Conception of Equal Protection”, *Duke Law Journal*, vol. 26, 1977, pp. 143-170.

⁶⁴⁸ De hecho, aunque la mayoría de los estudios sobre el tema integran la ilegitimidad como escrutinio estricto —véase, por ejemplo, Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, cit., p. 1553—; algunos lo integran en el test intermedio o *intermediate review*. Véase, por ejemplo, Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *Constitutional Law in a Nutshell*, cit., p. 310.

⁶⁴⁹ 391 U. S. 68 (1968).

⁶⁵⁰ 406 U. S. 164 (1972).

⁶⁵¹ 439 U. S. 259 (1978).

jo un escrutinio de simple racionalidad. La diferencia entre *Lalli* y los asuntos anteriores es que en este último se condicionaban los derechos de sucesión de los hijos ilegítimos a que el padre los haya reconocido en vida. No obstante, después del precedente de *Lalli*, la Corte continúa aplicando un escrutinio más estricto.⁶⁵²

4. *Derechos de interés fundamental*

Como tuvimos oportunidad de señalar, la Corte Suprema de los Estados Unidos analiza con un escrutinio estricto las clasificaciones consideradas sospechosas. Además, la Corte usa ese escrutinio cuando parece estar en peligro un derecho de “interés fundamental”. Estos derechos han surgido de la interpretación de los tribunales. De esta forma, la Corte reconoce como de interés fundamental el acceso a la justicia,⁶⁵³ el ejercicio del derecho al voto,⁶⁵⁴ el libre tránsito interestatal,⁶⁵⁵ el derecho al matrimonio y a la vida familiar.⁶⁵⁶ En efecto, bajo el escrutinio estricto es muy difícil demostrar una necesidad apremiante, así como una relación sustancial entre los fines perseguidos y los medios para conseguirlos. En cambio, de no existir un derecho fundamental amenazado o una categoría sospechosa, la norma se asumirá como constitucional con base en la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas emanadas de los congresos. Esta presunción de constitucionalidad se basa en la asunción de que todos los grupos afectados por la ley han tenido la oportunidad de expresar su opinión y de establecer su interés en la legislación, es decir, han estado democráticamente representados.⁶⁵⁷ Sabemos

⁶⁵² Véase *Mills vs. Habluetzel* 456 U.S. 91 (1982), *Pickett vs. Brown* 462 U. S. 1 (1983), y *Clark vs. Jeter* 486 U. S. 456 (1988).

⁶⁵³ *Griffin vs. Illinois* 351 U. S. 12 (1956).

⁶⁵⁴ Establecido en la sentencia *Harper vs. Virginia* 282, 383 U.S. 663 (1966). La Corte Suprema declaró inconstitucional una ley del estado de Virginia que establecía el pago de derechos como condición para ejercer el derecho al voto en algunos estados: establecía una “odiosa discriminación” entre ricos y pobres: el estatus económico es una “clasificación sospechosa”, ya que no existe una relación racional con el ejercicio del derecho a votar; de esta forma, se establece la obligación del Estado de velar por el igual derecho al voto.

⁶⁵⁵ En el caso *Shapiro vs. Thompson*, 394 U.S 618 (1969).

⁶⁵⁶ Este derecho fue reconocido por primera vez en la sentencia *Zablocki vs. Redhail* 434 U. S. 374 (1978).

⁶⁵⁷ Rosberg, Gerald M., “Aliens and Equal Protection: Why not the Right to Vote?”, *cit.*, pp. 1105 y ss.

que esto es poco menos que una quimera. De ahí que sostengamos que los grupos que por sus rasgos característicos han sido relegados por el Legislativo a una clase inferior merecen una especial protección de la Corte. No nos referimos a un escrutinio severo que se relacione con el rasgo usado por la Corte; nos referimos, más bien, a los probables efectos de la norma.

A lo largo de este capítulo hemos hablado de los diferentes grados de escrutinio usados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el juicio de constitucionalidad. Para un mayor entendimiento, a continuación se muestra un cuadro con aquellos diferentes grados de severidad con los que el juez estudia las clasificaciones normativas:⁶⁵⁸

Test/ Escrutinio:	Relación de la clasificación con el objetivo	Objetivo/ interés estatal	Clasificaciones afectadas	Precedente
<i>Mínimo</i>	Racionalmente relacionada	Admisible o legítimo	Sociales, económicas	<i>Royster Guano Co. vs. Virginia</i>
<i>Intermedio</i>	Sustancialmente relacionada	Importante	Género	<i>Craig vs. Boren</i>
<i>Estricto</i>	Estrechamente relacionada	Interés primordial	Categorías sospechosas: raza y nacionalidad, o por amenazar derechos fundamentales.	<i>Korematsu vs. United States</i>

Las categorías del cuadro anterior se entenderán mejor tras el desarrollo de los capítulos tercero y cuarto. Basta ahora con decir que en muchas ocasiones las resoluciones de la Corte Suprema están condicionadas por el tipo de examen aplicado a una clasificación determinada.

⁶⁵⁸ Tomo el cuadro de Añón García, José, “Argumentación y juicio de igualdad: las versiones el derecho europeo y el norteamericano”, *Revista del Tribunal Constitucional de Ecuador. Temas Constitucionales*, año 1, núm. 2, junio de 2004, pp. 6-8.

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

CAPÍTULO TERCERO

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LA CONCEPCIÓN DE LA IGUALDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 63.

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

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

1. *El concepto de affirmative action*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. ¿Rasgo diferenciador sospechoso?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Miembros históricamente discriminados

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Discriminación justa*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *Justificaciones de las affirmative actions*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. ¿Responsabilidad de quién?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. *El argumento utilitarista*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁴⁶ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁵⁵ *Ibidem*, pp. 23-26.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 91.

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

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

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

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

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 98.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 140.

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

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

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 143.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, p. 146.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 152.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 162.

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹⁸ 347 U. S. 347-348 (1954).

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸²³ *Ibidem*, p. 13.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 16.

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

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

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

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

⁸²⁵ 369 U. S. 186 (1915).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³⁴ 364 U. S. 339, 347 (1960).

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

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

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

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

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

⁸³⁵ 391 U. S. 367 (1968).

⁸³⁶ 366 U. S. 420 (1961).

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁴⁰ 393 U. S. 97, 109 (1968).

⁸⁴¹ 297 U. S. 233 (1936).

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

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

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

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

⁸⁴² 297 U. S. 233, 250 (1936).

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

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

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

III. POR UNA REINTERPRETACIÓN DE LA IGUALDAD POR LOS TRIBUNALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵⁸ 379 U.S. 198 (1964).

⁸⁵⁹ 388 U.S. 1 (1967).

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

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

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

⁸⁶³ Cfr. *ibidem*, pp. 174 y 175.

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

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

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

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

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

⁸⁶⁶ *Ibidem*, pp. 1514 y 1518.

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

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

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

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

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

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

⁸⁷⁰ 391 U. S. 430 (1968).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁷⁵ 418 U. S. 717, 745 (1974).

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁸⁰ 411 U. S. 1 (1973).

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

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

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

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

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

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

⁸⁸² 411 U. S. 33-34.

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁸⁷ 5, Cal. 3d 584, 487 P.2d 1241.

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

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

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

2. Minorías sin representación política

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *El inmigrante como paria*

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

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

⁸⁹² *Ibidem*, p. 38.

⁸⁹³ *Plyler* 457 U. S.

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

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

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

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

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

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

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 31.

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

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

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

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

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

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 35.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *Argumentos en contra de las affirmative actions*

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

A. *La ausencia de discriminación no admite excepciones*

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

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

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

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

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

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

B. *El argumento del estigma*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. *Las affirmative actions violan el principio meritocrático*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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. Peña</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: Brahmin, 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; Cimo-lai, 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

prios 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 nota 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 interventor 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, despidas 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 Cézar, 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%; Shettmettalworkers, 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 representen 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 Board 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 Renhquist. 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 Renhquist, 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, Zavalia, 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/xcoverviewsp.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 la 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 *mootness* 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 Elliott, 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, Aida, “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 Opportunity*, 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 Elliott, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder...*, cit., p. 283.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, pp. 306 y 307.

¹⁰⁴² Archibald 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, Aida, “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 utilizan 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 *Stotts*, 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 Ballester, 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 Board 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 perjuicios 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 *Croson* 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. Peña: 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 *Croson*, 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 *Gratz*: 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 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 señalando 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. Bollinger* 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. Wasch 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, “Remedying 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.

CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁰⁴ 304 U. S. (1938).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EPÍLOGO

Los testimonios de los primeros negros que pisaron tierras norteamericanas como mano de obra esclava son desgarradores.¹²⁰⁷ Con esas miles de dramáticas historias particulares comenzaba la historia del pueblo afroamericano. Las penurias de aquellas personas habrían de prolongarse hasta el final de la época en la que la segregación racial se encontraba avalada por el derecho. Precisamente esas dos tragedias humanas (esclavitud y segregación) son las que han marcado más hondamente a la sociedad de ese país. En este trabajo se pretendió, entre otras cosas, justificar las medidas encaminadas a la enorme labor de borrar las diferencias históricas entre las razas en los Estados Unidos de América.

Es evidente que la historia de los Estados Unidos es muy diferente a la mexicana. La esclavitud, por ejemplo, quedó abolida en México por Miguel Hidalgo y Costilla al poco tiempo de iniciada la lucha por la independencia (6 de diciembre de 1810). En nuestro país tampoco ha existido una segregación racial institucionalizada. No por ello, sin embargo, debemos vanagloriarnos de nuestra realidad social: el nuestro es un pueblo con grandes desigualdades. Nuestra sociedad es incluso más desigual que la norteamericana. La pobreza en la que se encuentra una gran parte de los mexicanos se traduce en miseria cuando hablamos de la población indígena, miseria que tiene como consecuencia, entre otras cosas, desnutrición, analfabetismo y altas tasas de mortalidad infantil. Las mujeres mexicanas, por su parte, distan mucho de contar con la misma igualdad de oportunidades que los hombres.

El atraso social y cultural en el que están inmersos ciertos grupos sociales de nuestro país es el resultado de siglos de exclusión y discriminación en su contra, de ahí que sea nuestra obligación comenzar, de forma

¹²⁰⁷ Yetman, Norman R., “Exslave Interviews and the Historiography of Slavery”, *American Quarterly*, vol. 36, núm. 12, verano de 1984, pp. 181-210. En este ensayo se rastrean los primeros testimonios de ex esclavos que fueron recogidos y publicados en los Estados Unidos.

agresiva, a revertir el estado en el que se encuentran ciertos grupos sociales. Esto, en primer lugar, es nuestra obligación, por una razón ética: no intentar cambiar la situación de los más desfavorecidos de nuestro país es un crimen. Recordemos que la ética nos exige que dos de nuestros fines sean la felicidad de los demás y nuestra propia perfección.¹²⁰⁸ En segundo lugar, la obligación de revertir esa situación es de tipo jurídico: un mandato constitucional, pues el artículo 1o., párrafo 3, de nuestra carta magna establece:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹²⁰⁹

Como norma reglamentaria de este artículo 1o. de la Constitución se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, o LFPED. La forma de elaboración de la ley fue totalmente inédita, pues fue un producto de la deliberación pública. En su redacción estuvo involucrada la sociedad civil a través de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación.¹²¹⁰ La Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003. En este ordenamiento se establecen una serie de medidas positivas y compensatorias.

La redacción de esta ley es el resultado de la influencia de normas extranjeras. Sin duda, la influencia más grande ha venido de la discusión que se realiza en los Estados Unidos en torno a este tema. Es precisamente en ese país donde se ha dado la discusión de más alto nivel sobre

¹²⁰⁸ Ésta es la idea de Kant sobre la ética. Para una interpretación en este sentido de la obra de Kant véase Rivera, Faviola, *Virtud y justicia en Kant*, México, Distribuciones Fontamara, 2003, pp. 96 y 97. Faviola Rivera textualmente señala: “Los dos fines morales centrales en *La doctrina de la virtud* son la felicidad de los demás y perfección de uno mismo. De acuerdo con esto, la ética nos exige que actuemos según máximas en las que hagamos nuestros fines la felicidad de los demás y nuestra propia perfección”.

¹²⁰⁹ Para un análisis del artículo primero de la Constitución véase lo dicho en Carbone, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 181-220. Más adelante veremos cómo se relaciona este artículo constitucional con el artículo 2o. de la Ley Federal para Prevenir la Discriminación.

¹²¹⁰ Sobre este episodio ya histórico véase lo dicho en la nota anterior y en Gutiérrez Espíndola, José Luis, “El Conapred y la lucha contra la discriminación en México”, *El Cotidiano*, núm. 134, pp. 12-22.

las acciones positivas y sobre las *affirmative actions*. Es por esto último por lo que confiamos en que este trabajo contribuya a enriquecer la discusión en México relacionada con el principio de igualdad. Aunque se han escrito ensayos en México acerca de la teoría inmersa en las acciones positivas, es evidente que falta mucho por decir.¹²¹¹

Intentaremos aquí, hacer un análisis de algunas características de esta ley. Dicha norma está dividida en cuatro capítulos: I. Disposiciones generales. II. Medidas para prevenir la discriminación. III. Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades. IV. Del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Nos interesa analizar aquí exclusivamente lo concerniente a las llamadas medidas positivas o compensatorias. No pretendemos más que señalar algunos elementos que puedan servir como base de futuras discusiones acerca de los mecanismos utilizados en México para fomentar la igualdad de oportunidades de los grupos más vulnerables de nuestro país.

I. LA DISCRIMINACIÓN SEGÚN LA LFPED

El artículo 4o. de la Ley establece lo que debemos entender por discriminar:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Debemos destacar que este artículo define precisamente el término discriminar usado en el artículo primero de la Constitución. La “cláusula

¹²¹¹ A lo largo de esta obra hemos citado algunos textos escritos en México, como la tesis doctoral de Nuria González Martín, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, y otros trabajos suyos sobre el mismo tema. Es de destacar también la obras de Miguel Carbonell citadas más arriba, entre ellas “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 839-861.

de no discriminación” de nuestra carta magna es interpretada por la ley como una prohibición de los actos que tengan como consecuencia fáctica la marginación o la exclusión, es decir, la discriminación en su sentido peyorativo. Discriminación, según la Ley, no es sólo la distinción basada en algunos de los criterios expresamente prohibidos, sino sólo la diferenciación que, al hacer uso de esos criterios “tengan por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”.

El artículo 4o. se complementa con lo dicho el artículo 5o., que dispone: “No se consideran conductas discriminatorias las siguientes:... fracción VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra las dignidad humana”.

La lectura que se le debe dar a este artículo es la interpretación de la igualdad sostenida en este trabajo; la versión más progresista del derecho a la igualdad, y que se traduciría en la prohibición de la discriminación, cuando discriminación significa exclusión o marginación. La interpretación anterior eliminaría la que entiende el principio de igualdad como una simple prohibición del trato desigual, ya que lo que la Constitución prohíbe es el trato vejatorio a ciertos grupos minoritarios. Se evita así que se suscite la polémica que se da en los Estados Unidos de América en torno a las *affirmative actions*, pues como tuvimos oportunidad de señalar a lo largo de la investigación, en ese país dichas *affirmative actions* han sido severamente criticadas por aquellos que insisten en una lectura restrictiva del principio de igualdad, interpretado como prohibición irrestricta de criterios clasificatorios como la raza o la nacionalidad.

II. EL ESTADO COMO PRINCIPAL PROMOTOR DE LAS CONDICIONES DE LIBERTAD E IGUALDAD

El Estado es el primer obligado en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Así lo señala el artículo 2o. de la citada Ley.¹²¹² Para ello, el Estado está facultado

¹²¹² Artículo 2o.: “Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económi-

no sólo para prevenir la discriminación por cualquiera de los criterios prohibidos por la Constitución que tengan consecuencias contrarias a la búsqueda de igualdad de oportunidades, está obligado a “compensar” a aquellos grupos desfavorecidos de la sociedad. Este artículo es de suma importancia, pues encierra toda una doctrina acerca del papel del Estado en la lucha por la igualdad, no sólo para evitar la discriminación, que se traduciría en un derecho negativo —susceptible de ser protegido a través del juicio de amparo—, sino para eliminar los obstáculos que impidan una plena igualdad de oportunidades:¹²¹³ un derecho positivo que implicaría la obligación de los poderes públicos de actuar en la búsqueda de igualdad de oportunidades. Resulta evidente la influencia de los postulados propios de un Estado social de derecho,¹²¹⁴ que han llegado a nosotros a través del constitucionalismo español. El artículo 2o. de la LFPED, de hecho, es una copia del artículo 9.2 de la Constitución Española,¹²¹⁵ artículo que encierra uno de los principios más importantes del Estado social de derecho.

Aunque un derecho positivo como el contenido en el citado artículo constitucional español no se encuentra consagrado en nuestra carta magna, el mismo mandato lo encontramos en la LFPED; norma de observancia general que debe ser cumplida en todos sus términos. De ahí que la muy copiosa bibliografía que interpreta lo dicho por el 9.2 de la Constitución Española puede enriquecer la discusión en México.¹²¹⁶

ca, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos”.

¹²¹³ Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, cit., p. 119, y Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 10. En realidad, estos autores se refieren a lo dicho por el artículo 9.2 de la Constitución Española; sin embargo, lo dicho por ellos bien vale para interpretar lo que establece el artículo 2o. de la Ley Federal.

¹²¹⁴ La vinculación de este derecho positivo con un Estado social de derecho es evidente. Sobre esta relación véase lo dicho por Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, cit., p. 130.

¹²¹⁵ El artículo 9.2 de la Constitución Española dice: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹²¹⁶ Sobre la interpretación del artículo 9.2 de la Constitución Española puede verse Ollero Tassara, Andrés, “Relevancia constitucional de la igualdad”, en varios autores, *La Constitución española diez años después. 1978-1988. Segunda parte*, Madrid, Tapia,

III. MEDIDAS POSITIVAS Y MEDIDAS COMPENSATORIAS

La ley utiliza el término de “medidas positivas” o “no acciones positivas” utilizado por la doctrina española, y que fue traducción del inglés *positive actions*; sin embargo, es claro que tienen idénticas connotaciones.¹²¹⁷ De la lectura de la Ley, podemos arriesgarnos a definir a las medidas como lo hace la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles respecto a las acciones afirmativas: “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”.¹²¹⁸

Por otra parte, aunque la Ley consagra la utilización de medidas positivas y compensatorias, no parece que establezca diferenciación entre los dos términos. Las medidas compensatorias, podría pensarse, serían aquellas que intenten igualar situaciones ocasionadas exclusivamente por una discriminación previa; sin embargo, es importante señalar que existen dos acepciones del término “compensar”. En una primera acepción significaría igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra. La segunda acepción, por su parte, estaría relacionada con dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado.

Sostenemos que la idea de compensación contenida en los artículos 3o. y 10 de la Ley de referencia no está vinculada a una responsabilidad por daño. Compensar sería, entonces, igualar las circunstancias de los que se encuentran en una situación injusta, aunque esas circunstancias tengan o no un antecedente intencional. La diferenciación anterior no es baladí, pues justificar las medidas compensatorias sólo en aquellos casos en los que exista un pasado de discriminación que sea la causa directa de la situación en la que se encuentran los grupos minoritarios limita el

1989, pp. 26-30, y Sanchís Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre-diciembre de 1995, pp. 9-57.

¹²¹⁷ José Luis Gutiérrez equipara los términos de acciones afirmativas, positivas o compensatorias. Gutiérrez Espíndola, José Luis, “El Conapred y la lucha contra la discriminación en México”, *cit.*, p. 15.

¹²¹⁸ La definición es citada por Martín Vida. El documento redactado por la Comisión en 1977 se puede encontrar, junto con otros documentos de la Comisión, en línea: <http://www.usccr.gov/aaction/aamain.htm>, se accedió a la página el 22 de septiembre de 2005.

campo de acción del Estado. Recordemos que la LFPED permite la utilización de acciones encaminadas a remediar la situación en la que se encuentran algunos grupos de nuestra sociedad, cualquiera que sea: en su artículo 3o., párrafo 2, expresamente establece la obligación de incluir en el Presupuesto de Egresos de la Federación las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades.¹²¹⁹

Recordemos que en Estados Unidos una de las posibles justificaciones que permiten utilizar una *affirmative action* es la existencia de una discriminación pasada. De la lectura de la LFPED no se puede desprender que sólo en los casos en los que se descubra una discriminación previa podría resultar válida la implementación de medidas afirmativas o compensatorias.

Nos parece necesario que se utilicen mecanismos más agresivos para eliminar la situación en la que se encuentran ciertos grupos minoritarios en la sociedad mexicana. Carbonell habla de “medidas drásticas para combatir la discriminación”.¹²²⁰ La Ley a la que hemos hecho referencia expresamente establece la obligación de implementar acciones positivas, algunas de ellas las enumera en el capítulo III; sin embargo, no consagra medidas de discriminación inversa (o *affirmative actions*). Recordemos que la discriminación inversa incluye las llamadas *hard measures of intervention* o medidas de intervención severa, como las que establecen cuotas para aumentar la representación de minorías en las universidades o en la fuerza de trabajo. Por su parte, las acciones positivas consisten más bien en *soft measures* o medidas leves. Estas medidas evitan cuotas explícitas y preservan los criterios meritocráticos.¹²²¹ No obstante, las medidas más severas no están prohibidas por la Ley, pues como ya se dijo, sólo se prohíbe las acciones que tengan por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Estos derechos no son otros que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Recordemos que uno de

¹²¹⁹ Literalmente, el párrafo segundo, del artículo tercero de la citada Ley señala: “En el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal, se incluirán, las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades a que se refiere el capítulo III de esta Ley”.

¹²²⁰ Carbonell habla de “medidas drásticas”. Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *cit.*, p. 191.

¹²²¹ Caruso, Daniela, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *cit.*, p. 332.

los límites en el uso de las *affirmative actions* estaría relacionado con los derechos fundamentales de terceros: nunca se debe favorecer a algún miembro perteneciente a determinada minoría violando algún derecho fundamental de otro.

La única objeción que se podría hacer al uso en México de planes que contengan una discriminación inversa, es decir, una de estas medidas de intervención severa, podría ser aquella que se relaciona con la propia interpretación del artículo 1o. de la Constitución Política. Miguel Carbonell señala que precisamente esa fue una de las dudas que se plantearon en el proceso de elaboración del anteproyecto: "...en las diversas reuniones de la Comisión surgió el tema de la compatibilidad de las medidas de acción positiva con el propio párrafo tercero del artículo 1o. y con el párrafo 1 del artículo 4o. de la Constitución que consagra la igualdad entre el hombre y la mujer".¹²²²

En países donde existe un mandato constitucional que constriñe al Estado a actuar en la consecución de una igualdad de tipo material es más fácil justificar la utilización de medidas severas.¹²²³ No obstante, aun en países donde esto sucede, la discriminación inversa no deja de causar polémica. En España, por ejemplo, aun contando con el mandato del artículo 9.2, hubo reticencias a interpretar el mandato constitucional de la igualdad sustancial de dicho artículo como una permisón de utilizar planes de discriminación inversa. El Tribunal Constitucional español no reconoció, en una primera etapa, que los tratamientos desiguales que se sustentaban en un criterio de género fuesen admisibles en atención a ciertos fines como el de buscar una igualdad real de oportunidades: "...el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales".¹²²⁴ Sin embargo, sentencias posteriores del propio Tribunal español terminaron por reconocer el carácter no asimétrico de la prohibición de discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española y el mandato contenido en el 9.2. En 1988 el Tribunal Constitucional señaló:

...puede imponer este precepto [se refiere al 9.2 de la Constitución Española], como consideración de principio, la adopción de normas especiales

¹²²² Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", *cit.*, p. 191.

¹²²³ Así lo entiende Miguel Carbonell; *idem*.

¹²²⁴ SSTC 23/1981. Citada por Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, *cit.*, p. 120.

que tiendan a corregir los efectos dispares que en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental.¹²²⁵

México no cuenta con una disposición constitucional a través de la cual se le imponga al Estado la obligación de remover los obstáculos que impidan una plena igualdad sustancial. Sin embargo, debemos recordar que las garantías individuales contenidas en la Constitución son derechos mínimos que se encuentran protegidos de forma especial. Nada en la Constitución limita al Estado en la búsqueda de mejores condiciones de vida para sus ciudadanos. Si el Estado decide usar las medidas positivas o incluso planes que contengan alguna discriminación inversa estaría en armonía con el texto constitucional, siempre y cuando éstas no restrinjan derechos fundamentales de terceros, y no tengan como consecuencia la exclusión, la marginación de ciertos grupos sociales.

Como señalamos, las intenciones de este epílogo fueron establecer un vínculo entre lo dicho a lo largo del trabajo de investigación y lo referente al contexto mexicano. Concluimos entonces que el estudio de la problemática referente a las *affirmative actions* en los Estados Unidos no es baladí: puede y debe contribuir al enriquecimiento de la discusión en México acerca de la igualdad.

¹²²⁵ STC 19/1988, del 24 de enero. Citado por *ibidem*, p. 140.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- ACKERMAN, Bruce A., “¿Un neofederalismo?”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- , “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1984-1985.
- , *We the People. Trasnfomation*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.
- , *La política del diálogo liberal*, traducción e introducción de Gabriela Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , “Constitutional Politics/Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989-1990.
- , “Levels of Generality in Constitutional Interpretation. Liberating Abstraction”, *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992.
- , “The Storrs Lectures, Discovering the Constitution”, *Yale Law Journal*, vol. 93, 1983-1984.
- y ROSENKRANTZ, Carlos F., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, en VARIOS AUTORES, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ADAMS, Willi P., *Los Estados Unidos de América*, traducción de Máximo Cajal y Pedro Gálves, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996.
- AGRESTO John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca, Cornell University Press, 1989.
- AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitutional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005.

- 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.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALFIERI, Carlos, "El Estado de Israel y el holocausto", *Claves de la Razón Práctica*, vol. 144, 2004.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ÁLVAREZ LESDESMA, Mario, *Introducción al derecho*, México, McGraw-Hill, 1995.
- AMUCHATEGUI GONZÁLEZ, Jesús, "Solidaridad y derechos de las minorías", en VARIOS AUTORES, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1994.
- ANDERSON, Elizabeth, "From Normative to Empirical Sociology in the Affirmative Action Debate, Bowen and Bork's. The Shape of the River", *Journal Legal Education*, vol. 50.
- APARISI MIRALLES, Ángela, *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- ARAUJO, Cícero, "Bentham, el utilitarismo y la filosofía política de moderna", en BORON, Atilio A. (comp.), *La filosofía política moderna de Hobbes a Marx*, Buenos Aires, Flacso, 2000.
- ARBÓS, Xavier, "De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 5, núm. 44, 1995.
- ARCHER, Dennis W., "The Clark Y. Gunderson Lecture of 2002, The Value of Diversity, what the Legal Profession must/should do to Stay Ahead of the Curve", *South Dakota Law Review*, vol. 48, 2003.
- y KESSLER, Joan, "A Time for Tribute; a Time for Action", *Human Rights*, vol. 31, núm. 3, 2004.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico, "La seguridad jurídica en la aplicación judicial del derecho. De la previsibilidad a la argumentación", XIX, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002.
- , *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, traducción de Julio Pallí Bonet, Madrid, Biblioteca Básica Gredos, 2000.

- , *Política*, traducción de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- ASÍS ROIG, Agustín E. de, “Discriminación por razón de raza”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989.
- ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de razonable”, *Doxa*, núm. 4, 1987.
- AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- , *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- BADILLO O’FARREL, Pablo, *La filosofía político-jurídica de James Harrington*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
- BAEZ, Benjamín, “The Supreme Court and Affirmative Action, Narratives about Race and Justice”, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. 18, 1999.
- BAGENSTOS, Samuel R., “The Future of Disability Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 114, 2004.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BALKIN, Jack M. y SIEGEL Reva, B., “The American Civil Rights Tradition, Anticlassification or Antisubordination?”, 58, *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003-2004.
- , “The Constitution of Status”, *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997.
- BALL, Milner S., “Judicial Protection of Powerless Minorities”, *Iowa Law Review*, vol. 59, 1974.
- BALLESTRERO, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, núm. 19, 1996.
- BANDES, Susan, “The Negative Constitution, A Critique”, *Michigan Law Review*, vol. 88, 1989-1990.
- BARNETT, James D., “Vested Rights in the Common Law, Life, Liberty, Property, Due Process of Law”, *Oregon Law Review*, vol. 27, 1947-1949.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas-IVAP, 1997.

- , “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.
- BARRET, Edward L., “Judicial Supervision of Legislative Classification –A more Modest Role for Equal Protection?”, *Brigham Young University Law Review*, 1976.
- BARRON, Jerome A. y DIENES, C. Thomas, *Constitutional Law in a Nutshell*, Thomas West, 1995.
- BASS, Jack, *Taming the Storm, The Life and Times of Judge Frank M. Johnson and the South’s Fight over Civil Rights*, Nueva York, Doubleday, 1993.
- BASTARACHE, Michel, “Does Affirmative Action Have a Future as an Instrument of Social Justice”, *Ottawa Law Review*, vol. 29, 1997-1998.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano. Una reinterpretación”, en YÁGÜEZ, Ángel R., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Cantabria, Universidad de Cantabria, 2003.
- , “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, enero-abril.
- , “Derechos, democracia y Constitución”, en LAPORTA, Francisco J. (ed.), *Constitución, problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BEALE, Joseph H. Jr., “Development of Jurisprudence During the Past Century”, *Harvard Law Review*, vol. 18, 1904-1905.
- BELL, Derrick A., *And We Are Not Saved, the Elusive Queso for Racial Justice*, Nueva York, Basic Books, 1987.
- 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.
- , *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork. Una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989.
- BENGOECHEA GIL, María Ángeles, “Igualdad, diferencia y prohibición de discriminación. Fundamento y justificación de tratamientos diferenciados”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (dir.), Universidad

- Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2002.
- BENNETT, Robert, “Mere Rationality in Constitutional Law, Judicial Review and Democratic Theory”, *California Law Review*, vol. 67, 1979.
- BENSON, Peter, “The Basis of Corrective Justice and its Relations to Distributive Justice”, *Iowa Law Review*, vol. 77, 1991-1992.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada de los manuscritos Bentham por Esteban Dumont, traducción de Baltasar Anduaga Espinosa, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1841.
- , *Colección de obras del célebre Jeremías Bentham*, Madrid, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1841.
- BERGER, Raoul, “Doctor Bonham’s Case, Statutory Construction or Constitutional Theory”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 117, 1969.
- , “Reflections on Constitutional Interpretation”, *BYU L. Review*, 1997.
- , *Government by Judiciary y Death Penalties*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de Belén Urrutia, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- BERNAL, David, V, “Constitutional Law —A State Statute Which Denies an Education to Undocumented Aliens is Unconstitutional— Doe v. Plyler”, 458 F. Supp. 569 (E.d. Tex. 1978), *Immigration and Nationality Law Review*.
- BERNSTEIN, Barton J., “Cases Law in Plessy vs. Ferguson”, *The Journal of Negro History*, vol. 47, núm. 3, 1962.
- BERNSTEIN, David, “Lochner’s Legacy’s Legacy”, *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004.
- BESCHLE, Donald L., “Kant’s Categorical Imperative, An Unspoken Factor in Constitutional Rights Balancing”, *Pepperdine Law Review*, vol. 31, 2003-2004.
- BESSETTE, Joseph M., *The Mild Voice of Reason, Deliberative Democracy and American National Government*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- BHAGWAT, Ashutosh, “Affirmative Action and Compelling Interest, Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads”, *Journal of Constitutional Law*, vol. 4, 2001-2002.

- , "Hard Cases and the (D) Evolution of Constitutional Doctrine", *Conn. Law Review*, vol. 30, 1997-1998.
- , "Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis", *California Law Review*, vol. 85, 1997.
- BIANCHI, Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Análisis de los mecanismos procesales que hoy emplea la Corte argentina*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- BICE, Scott, "Rationality Analysis in Constitutional Law", *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1980-1981.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- , *The Morality of Consent*, New Haven, Yale University Press, 1975.
- , "The Supreme Court 1960 Term. Foreword, The Passive Virtues", *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962.
- 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.
- BIRNBAUM, Owen, "Equal Employment Opportunity and Executive Order 10925", *Kansas Law Review*, vol. 11, 1962-1963.
- BLACK, Charles L., "The Lawfulness of the Segregation Decisions", *Yale Law Journal*, vol. 69, 1960.
- , "Foreword, State Action, Equal Protection, and California's Proposition 14", *Harvard Law Review*, vol. 81, 1967-1968.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución, separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998.
- , "La configuración del concepto de Constitución en la experiencias revolucionarias francesa y norteamericana", *Working Papers*, núm. 117, 1996.
- BLASI, Vincent, "Bakke as Precedent, Does Mr. Justice Powell Have a Theory?", *California Law Review*, vol. 67, 1979.
- 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.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

- , *Liberalismo y democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- , *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993.
- , *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribes, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1994.
- , *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- BÖHMER, Martín Federico, "Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible", *Doxa*, núm. 13, 1993.
- BONNECASE, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, traducción de José María Cajica, México, Cajica, 1944.
- BORK, Robert H., "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Wash. U. Law Q.*, vol. 3, 1979.
- , *Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Free Press, 1990.
- , "Neutral Principle and some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971-1972.
- , "The Constitution, Original Intent, and Economic Right", *San Diego Law Review*, vol. 23, 1996.
- , *Tradition and morality in Constitutional Law*, Washington, D. C., American Enterprise Institute, 1984.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.*, Alcalá, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986.
- BOUDIN, Luis B., "Precedents for the Judicial Power, *Holmes vs. Walton* and *Bratte vs. Hinckley*", *St. John's Law Review*, vol. 3, núm. 2, 1928-1929.
- BOUZAT, Gabriel, "El control constitucional. Un estudio comparativo", en varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BOYD, Tamra M., "Keeping the Constitution's Promise, An Argument for Greater Judicial Scrutiny of Federal Alienage Classifications", 54, *Stan. Law Review*, 2001-2002.

- BOYLE, Eugene A., "Affirmative Action and the Bona Fide Seniority System, Firefighters Local Union no. 1784 vs. Stotts", *Journal of Urban and Contemporary Law*, vol. 29, 1985.
- BOYNTON, Brian, "Democracy and Distrust after Twenty Years, Ely's Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000", *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000-2001.
- BRADDOCK, Jomills Henry II y MCPARTLAND, James M., "Social-Psychological Processes that Perpetuate Racial Segregation. The Relationship Between School and Employment Desegregation", *Journal of Black Studies*, vol. 19, núm. 3, 1989.
- BREST, Paul, "Palmer vs. Thompson, an Approach to the Problem on Unconstitutional Legislative Motive", *The Supreme Court Review*, 1971.
- BREYER, Stephen G. y GROMLEY, Ken, "In Memoriam, Archibald Cox", *Harvard Law Review*, vol. 118, 2004.
- BRIMELOW, Peter, "Symposium, Immigration Reform Laws, Redefining who belongs. Dissolving the American People", *Rutgers Race and the Law Review*, vol. 1, 1998-1999.
- BRUSIERE, Elizabeth, "The Failure of Constitutional Welfare Rights in the Warren Court", *Political Science Quarterly*, vol. 109, 1994.
- 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.
- BURBANK, Stephen, "The Architecture of Judicial Independence", *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1985.
- BURKE, Craig Cassin, "Fencing out Political Unpopular Groups from the Normal Political Process, the Equal Protection Concerns of a Colorado Amendment Two", *Indiana Law Journal*, vol. 69, 1993-1994.
- BURT, Robert A., "The Truth about Owen Fiss", *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003-2004.
- BUTLER, Eamonn, *Hayek. Su contribución al pensamiento político y económico de nuestro tiempo*, Madrid, Unión Editorial, 1989.
- BYRON GABIN, Sanford, "Judicial Review, James Bradley Thayer, and «Reasonable Doubt» Test", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 3, 1975-1976.
- CALABRESI, Steven, "Thayer's Clear Mistake", *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993-1994.

- CASAMIGLIA, Albert, "El concepto de integridad en Dworkin", *Doxa*, núm. 12, 1992.
- , "El derecho como integridad, Dworkin", *Working Papers*, núm. 25, 1990.
- , "Sobre el principio de igualdad", en PECES BARBA, Gregorio, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1992.
- , "Constitucionalismo y democracia", en KOH, Harold Hongju y STYLE, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, traducción de Silvina Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2001.
- CAPPELETTI, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", traducción de Pablo de Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.
- CARBONELL, Miguel, "Constitución y minorías", en VALADÉS, Diego, *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, 2004.
- , "Constitucionalismo, minorías y derechos", *Isonomía*, núm. 12, 2000.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial", en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, traducción de Eduardo Ponssa, Buenos Aires, Arayú, 1955.
- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.
- CARTER, Robert L., "The Warren Court and Desegregation", *Mich. Law Review*, vol. 67, 1968-1969.
- CARUSO, Daniela, "Limits of the Classic Method, Positive Action in the European Union after the New Equality Directives", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003.
- CHANG, David, "Discriminatory Impact, Affirmative Action, and Innocent Victims, Judicial Conservative Justices?", *Columbia Law Review*, vol. 91, 1991.
- CHARLES, Guy-Uriel E., "Affirmative Action and Colorblindness from the Original Position", *Tulane Law Review*, vol. 78, 2003-2004.

- CHEMERINSKI, Erwin, "The Constitution is not «Hard Law», The Bork Rejection and the Future of Constitutional Jurisprudence", *Const. Comment*, vol. 6, 1989.
- , "The Supreme Court, 1988- Foreword, The Vanishing Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 103, 1989.
- , "Rethinking State Action Constitutional Rights", *Northwestern University Law Review*, vol. 80, 1985-1986.
- , *Interpreting the Constitution*, Nueva York, Praeger, 1987.
- CHIN, Gabriel J., "The Civil Rights Revolution Comes to Immigration Law, A New Look at the Immigration and Nationality Act of 1965", *Immigration and Nationality Law Review*, vol. 17, 1995-1996.
- CHOPER, Jesse H., *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1980.
- CLARK, Kenneth B., *Effects of Prejudice and Discrimination on Personality Development*, Mindcentury White House Conference on Children and Youth, 1950.
- CLARKE HINE, Darlene, "The Briggs vs. Elliott Legacy, Black Culture, Consciousness and Community before Brown, 1930-1954", *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, 2004.
- CLOSIUS, Phillip J., "Social Justice and the Myth of Fairness, a Communal Defence of Affirmative Action", *Nebraska Law Review*, vol. 74, 1995.
- CLOUD, Morgan, "The Fourth Amendment Era, Privacy, Property, and Liberty in Constitutional Theory", *Stanford Law Review*, vol. 49, 1995-1996.
- COBB, James, "Segregation the New South, the Origins and Legacy of Plessy vs. Ferguson", *Georgia State University Law Review*, vol. 12, 1995-1996.
- COHEN, Joshua y ROGERS, Joel, "Asociaciones secundarias y gobierno democrático", *Zona Abierta*, 84 y 85, 1998.
- COLE, Richard P., "Orthodoxy and Heresy, The Nineteenth Century History of the Rule of Law Reconsidered", *Indiana Law Review*, vol. 32, núm. 4, 1998-1999.
- COOK, Anthony, "Critical Race Law and Affirmative Action, The legacy of Dr. Martin Luther King, Jr.", *Harvard Blackletter Journal*, vol. 8, 1991.

- COONS, W. Clune y SUGARMAN, S., "Educational Opportunity, a Workable Constitutional Test for State Financial Structures", *California Law Review*, vol. 57, 1969.
- CORLETT, J. Angelo (ed.), *Equality and Liberty. Analyzing Rawls and Nozic*, Reino Unido, Palgrave MacMillan, 2003.
- COTTRILL, Robert J., "Justice Advanced, Comments on William Nelson's Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3.
- COVER, Robert M., "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities", *Yale Law Journal*, vol. 91, 1981-1982.
- COX, Archibald, "The Role of the Supreme Court in American Society", *Marg. Law Review*, vol. 50, 1966-1977.
- CRIADO, Marcos y CABO, Antonio de, "La actualidad constitucional en Estados Unidos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000.
- , "La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1998", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, 1999.
- , "La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001.
- CROSS, Frank B., "The Error of Positive rights", *UCLA Law Review*, vol. 48, 2000-2001.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CUMMINGS, Scott, "Affirmative Action and the Rhetoric of Individual Rights, Reclaiming Liberalism as a Color-Conscious Theory", *Harvard Blackletter Law Journal*, vol. 13, 1997.
- CURRIE, David P., "Positive and Negative Constitutional Rights", *University of Chicago Law Review*, vol. 53, 1986.
- , "The Constitution in the Supreme Court, The New Deal, 1931-1940", *The University of Chicago Law Review*, vol. 54, 1987.
- , "The Constitution in the Supreme Court, The Second World War, 1941-1946", *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1987-1988.
- , *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Verónica Gómez, Buenos Aires, Zavallia, 1988.
- , *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, The University of Chicago Press, 1985.

- , “The Constitution in the Supreme Court. The Protection of Economic Interes, 1889-1910”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985.
- DAHL, Robert A., *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika, 1987.
- , *La democracia y sus críticos*, traducción de Leonardo Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992.
- DAILEY, John Daniel y FARLEY, Paul, “Colorado’s Amendment 2, A Result in Search of Reason”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 1996-1997.
- DARLING, Charles R., “Adair Case”, *American Law Review*, vol. 42, 1908.
- DAVIS, T. R., “Negro Servitude in the United States. Servitude Distinguished from Slavery”, *The Journal of Negro History*, vol. VIII, núm. 3, 1923.
- DAYS, Drew S. III, “Acción afirmativa”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , “Fullilove”, *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 3, 1987.
- DEANE, Herbert A., “La justicia compensatoria y distributiva”, en MOONEY, M. y STUBER, F., *Los humanistas y la política. Aliciente en tiempos difíciles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- DEGLER, Carl N., *Historia de los Estados Unidos. La formación de una potencia (1600-1860)*, Barcelona, Ariel, 1986, vol. 1.
- DEIRDRE, Dexter, “Constitutional Law, The Equal Protection Caluse, The Effects of Plyler vs. Doe on Intermediate Scrutiny”, *Oklawoma Law Review*, vol. 36, 1983.
- DELGADO, Richard, “1998 Hugo L. Black Lecture, Ten Arguments Against Affirmative Action-How Valid?”, *Alabama Law Review*, vol. 50, 1998-1999.
- , “Inequality «From the top», Applying An Ancient Prohibition to an Emerging Problem of Distributive Justice”, *UCLA Law Review*, vol. 32, 1984-1985.
- DIETRICH, Karen B., “Federal Affirmative Action after Adarand Constructor vs. Pena”, *North Carolina Law Review*, vol. 74, 1995-1996.
- DONLEY, Robert, “The AAA decision. The Editorial Note”, *West Virginia Law Quarterly*, vol. 42, 1935-1936.
- DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997.

- DUCKITT, John, "Psychology and Prejudice, A historical Analysis and Integrative framework", *American Psychology*, vol. 47, 1992.
- DUDZIAK, Mary L., "Brown and the idea of progress in American legal history, A comment of William Nelson", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3, 2003-2004.
- DURÁN Y LAGUNA, Paloma, "Apuntes sobre las acciones positivas", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 30.
- , "Una aproximación comparada a las acciones positivas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000.
- DUXBURY, Neil, "Liberalism, Self-Interest and Precommitment", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. IX, núm. 2, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- , *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- , "La lectura moral y la premisa mayoritarista", en KOH, Harold Hongju y STYLE, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- , *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, traducción de María Julia Bertome, Barcelona, Paidós, 2003.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- , *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de Jordi Mundó, Barcelona, Gedisa, 2002.
- , "Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris", *Cardozo Law Review*, vol. 14, 1991-1993.
- , "Constitutionalism in Eastern Europe, an Introduction", *The University of Chicago Law Review*, 1991.
- , "Don't Born Your Bridge before You Come It, Some Ambiguities and Complexities of Precommitment", *Texas Law Review*, vol. 91, 2002-2003.
- , "Ulises revisitado, compromisos y constitucionalismo", traducción de Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, *Análisis Político*, 35.
- , *Ulises y las sirenas, Estudio sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

- ELVIRA PERALES, Ascensión, "A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias sobre la igualdade entre homens e mulheres", *Revista Trabalhista*, vol. 5.
- ELY, James W., "Swimming in the Air, Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910", *Cumberland Law Review*, vol. 27, 1996-1997.
- ELY, John Hart, "Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law", *Yale Law Journal*, vol. 79, 1969-1970.
- , "The Constitutional of Reverse Racial Discrimination", *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, 1973-1974.
- , *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 1997.
- ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- EPSTEIN, R., *Taking, Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- ESCAMILLA CASTILLO, Manuel, "Utilitarismo y liberalismo en la teoría del derecho", *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. VI, núm. 2, diciembre de 1997.
- ESKRIDGE, William N., "Dynamic Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, 1987.
- , "Public Values In Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, núm. 4, 1988-1989.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- ESTLUND, David M., "Who's Afraid of Deliberative Democracy? On the Strategic/Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence", *Texas Law Review*, vol. 71, 1992-1993.
- ESTREICHER, Samuel, "Platonic Guardians of Ddemocracy, John Hart Ely's Role for the Supreme Court in the Constitution's open Texture", *New York University Law Review*, vol. 56, 1981.
- EVANS HUGHES, Charles, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- FARELL, Martín Diego, *Utilitarismo, liberalismo y democracia*, México, Fontamara, 1997.

- FARRELL, Rober C., "Legislative Purpose and the Equal Protection Rationality Review", *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F. (comp.), *Norberto Bobbio, el filósofo y la política (antología)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FERRERES COMELLA, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, núm. 23, 2000.
- , *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIGGIS, John, *El derecho divino de los reyes, y tres ensayos adicionales*, traducción de Edmundo O'Gorman, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- FISS, Owen M., "¿Qué es el feminismo?", *Doxa*, núm. 14, 1993.
- , "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1976.
- , *Encyclopedia of the American Constitution*, Leonard Levy, 1986.
- , "The Supreme Court, 1978, Term-Foreword, the Form of Justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, 1979.
- , *Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, traducción de Raúl M. Mejía y Verónica Lifrieri, Madrid, Miño y Dávila, 2002.
- , "Affirmative Action as a Strategy of Justice", *Philosophy & Public Policy*, vol. 17, 1997.
- , "Grupos y la cláusula de igual protección", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , *A Way Out/America's Ghettos and the Legacy of Racism*, New Jersey, Princeton University Press, 2003.
- FITZPATRICK, Brian T., "The Diversity Lie", *Harvard Journal Law & Public Policy*, vol. 27, 2003.
- FLAGG, Bárbara, "Animus and Moral Disapproval, a Comment on *Romer vs. Evans*", *Minnesota Law Review*, vol. 82, 1997-1998.

- FLEMING, James E., "Fidelity, Basic Liberties, and the Spector of Lochner", *William and Mary Law Review*, vol. 41, 1999-2000.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando (coord.), *Género y derecho constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional-Instituto de Derecho Público Comparado, 2003.
- FOLEY, Edward B., "The Bicentennial of Calder vs. Bull, in Defense of a Democratized Middle Ground", *Ohio State Law Journal*, vol. 59, 1998.
- FORBATH William E. y TORRES, Gerald, "Merit and Diversity After Hoowood", *Stanford Law and Policy Review*, vol. 10, 1998-1999.
- FOSTER, Mark S., "In the Face of «Jim Crow», Prosperous Blacks and Vacations, Travel and Outdoor Leisure", *Journal of Negro History*, vol. 84, núm. 2, 1999.
- FRANK Jerome, *Derecho e incertidumbre*, traducción de Carlos M. Bidegain, México, Distribuciones Fontamara, 1993.
- , "Words and Music, Some Remarks on Statutory Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947.
- , *La influencia del derecho europeo continental en el common law. Algunas reflexiones sobre el derecho comparado y contrastado*, traducción de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1957.
- , *Law and the Modern Mind*, Londres, Steven & Sons Limited, 1949.
- FRANKFURTER, Felix, "John Marshall and the Judicial Function", *Harvard Law Review*, vol. 69, 1955-1956.
- 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 Carter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford, Hart, 2003.
- FREEMAN, Samuel, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, 1990-1991.
- FREUND, Paul A., "Igualdad, raza y trato preferente", en MOONEY M. y STUBER F., *Los humanistas y la política. Aliciente en tiempos difíciles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- FRIEDMAN, Barry, "Neutral Principles, A Retrospective", *Vanderbilt Law Review*, vol. 50, 1997.
- , "The Birth of Academic Obsession. The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five", *The Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 2, 2002.

- , “The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship”, *Northwestern University Law Review*, vol. 95, 2000-2001.
- , “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One. The Road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998.
- , “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two, Reconstruction’s Political Court”, *Public Law and Legal Theory, Working Paper Series Research*, vol. 49, 2002.
- , “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three. The Lesson of *Lochner*”, *New York University Law Review*, vol. 76, 2001.
- , “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four, Law’s Politics”, *New York University Law Review*, vol. 148, 1999-2000.
- , “The Importance of Being Positive. The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72, 2003-2004.
- FRIEDRICH, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, traducción de Margarita Álvarez Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- FRIEDMAN, Lawrence, “Public Opinion and Strict Scrutiny Equal Protection Review, Higher Education Affirmative Action and the Future of the Equal Protection Framework”, *Boston College Law Scholl*, vol. XXIV, núm. 2, 2004.
- FRIENDLY, Fred W. y ELLIOTT, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder. Ejemplo de los 200 años de la Constitución americana*, Barcelona, Ediciones Tesys y Bosh, 1987.
- FRITZ, Christian G., “An Entrenched Bill of Rights for the United Kingdom, The constitutional dilemma”, *Anglo-American Law Review*, vol. 10, 1981.
- G. B. C., “Undocumented Aliens—Equal Protection and the Right to Free Public Education, *Doe vs. Plyler*”, *Alabama Law Review*, vol. 33, 1981-1982.
- GALLIE, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceeding of the Philosophical Society*, vol. 56, 1956-1957.
- GARCIA AÑÓN, José, “Argumentación y juicio de igualdad, las versiones en el derecho europeo y el norteamericano”, *Revista del Tribunal Constitucional de Ecuador, Temas Constitucionales*, año 1, núm. 2, junio de 2004.

- , “El conflicto entre los derechos y el principio de utilidad, el problema del sacrificio de los derechos de las minorías frente a las mayorías”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. VI, núm. 2, diciembre de 1997.
- , “Racionalidad y universalidad, «el espectador imparcial» y el imperativo categórico de Kant a Mill”, Sevilla, Lagares, 2003.
- , *John Stuart Mill, justicia y derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983.
- , “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981.
- GARCÍA G., Dora Elvira, “Liberalismo, Constitución y democracia”, *Jurípolis*, año 4, núm. 7.
- GARCÍA-PERROTE, Ignacio y BADIOLA SÁNCHEZ, Ana María, “La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales, una síntesis de jurisprudencia”, *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 15, 2003.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , “¿Pueden justificarse desigualdades en nombre de la justicia?”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 97, noviembre de 1999.
- , “Las dificultades de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, 1997.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “El consenso democrático, fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, núm. 12, 2000.
- , “El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía*, núm. 18, 2003.
- GEARLY, Conor, “Reflections on Human Rights and Civil Liberties in Light of the United Kingdom’s Human Rights Act 1998”, *University of Richmond Law Review*, vol. 35, 2001-2002.
- GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- GINSBERG, Gilbert J., "Non-Discrimination in Employment, Executive Order 10925", *Military Law Review*, vol. 14, 1961.
- GIULIANI, Alessandro, "Los presupuestos de la filosofía del derecho norteamericana", *Anuario del Filosofía del Derecho*, t. IV, núm. 5, 1956.
- GLENDON, Mary Ann, "El lenguaje de los derechos", *Estudios Públicos*, núm. 70, 1998.
- GOLDSMITH, Stephen, "Value-Added Diversity", *Stanford Law Review*, vol. 10, 1998-1999.
- GOLDSTEIN, Joel K., "Beyond Bakke, Grutter-Gratz and the Promise of Brown", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo", en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (dir.), México, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2002.
- , "Igualdad de oportunidades, Acciones positivas", en BUEN LOZANO, Néstor de (coord.), *Memorias del Undécimo Encuentro Iberoamericano del Derecho de Trabajo*, México, Instituto de Estudios Educativos y Sindicales de América-Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998.
- , "La reforma constitucional en materia indígena, el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas", en CARBONEL, Miguel y PERÉZ PORTILLA, Karla. (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, 2002.
- , "Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América", en JIMÉNEZ LARA, María José y FRANCO ROJAS, Ricardo (coords.), *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, Sevilla, Mergablum, 2002.
- GOTTFRIED, Dietze, "America and Europe. Decline and Emerge of Judicial Review", *Virginia Law Review*, vol. 40, núm. 8, 1958.
- GOTTLIEB, Stephen E., "Sandra Day O'Connor's Position on Discrimination", *U. of Md. L. J. of Race, Religion, Gender & Class*, vol. 4, 2004.
- GRAVERHOLZ, Stephanie L., "Colorado's Amendment 2 Defeated, The Emergence of a Fundamental Right to Participate in the Political Process", *DePaul Law Review*, vol. 44, 1994-1995.
- GRAY, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, Gloucester, Massachussets, Meter Smith, 1972.

- GRICE, H. P., *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- GROCIO, Hugo, *Del derecho de presa; del derecho de la guerra y de la paz, textos de las obras "De iure praedae" y "De iure belli ac pacis"*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 1998.
- 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.
- HANLEY, John W. Jr., "Keyes vs. School District no. 1, Unlocking the Northern Schoolhouse Doors", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 9, 1974.
- HANS, Linde, "Due Process of Lawmaking", *Nebraska Law Review*, vol. 55.
- HARRINGTON, James, *La República de Océana*, traducción de Enrique Díez-Cadeno, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957.
- , *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- , "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana, Una pesadilla y el noble sueño", en CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan (eds.), *El ámbito jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- HAYEK, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1991.
- , *Democracia, justicia y socialismo*, Madrid, Unión Editorial, 1977.
- HAZELTINE, H. D., "The Influence of Magna Charta on American Constitutional Development", *Columbia Law Review*, vol. 1, núm. 1.
- HELLERSTEIN, William E., "The Benign Quota, Equal Protection, and the Rule in Shelley's Case", *Rutgers Law Review*, vol. 17, 1963.
- HENRY MERRYMAN, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

- HERIOT, Gail, "Strict Scrutiny, Public Opinion, and Affirmative Action on Campus, Should the Courts Find a Narrowly Tailored Solution to a Compelling Need in a policy Most Americans Oppose?", *Harvard Journal on Legislation*, vol. 40, 2003.
- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA, Mario, *Historia de Estados Unidos de América. De la República burguesa al poder presidencial*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- HERNDON, Randolph K., "The Presence of State Action in United Steelworkers vs. Weber", *Duke Law Journal*, vol. 29, 1980.
- HERRERÍAS, Armando, *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*, México, Limusa, 1995.
- HERSHKOFF, Helen, "Positive Rights and State Constitution, The Limits of Federal Rationality Review", *Harvard Law Review*, vol. 112, 1998-1999.
- , "Rights and Freedoms under the State Constitution, a New Deal for Welfare Rights", *Touro Law Review*, vol. 13, 1996-1997.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de A. Escotado, Madrid, Nacional, 1983, parte II, cap. XXIX.
- HODGES-AEBERHARD, Jane, "La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 118, 1999.
- HOFFMAN, R. y P. J., Albert, *Sovereign Status in Age of Uncertainty, The U. S. Capitol Historical Society*, University Press of Virginia, 1981.
- HOFSTANDTER, W. N., *Social Darwinism in American Thought*, Boston, Beacon Press, 1992.
- HOLMES, Oliver Wendell, "La senda del derecho", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975. El ensayo fue publicado por primera vez como "The Path of the Law" en la revista *Boston Law School Magazine*, vol. 1, núm. 4, 1896-1897.
- , "The Theory of Legal Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 12, 1898-1899.
- HOLMES, Stephen, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995.
- , "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

- , “Las reglas mordaza o las políticas de omisión”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- HOOTON, Angela D., “Constitutional Review of Affirmative Action Policies for Women of Color, a Hopeless Paradox?”, *Wisconsin Women's Law Journal*, vol. 15, 2000.
- HORWITZ, Morton J., *The Transformation of American law 1870-1960. The Crisis of legal Orthodoxy*, Nueva York, Oxford University Press, 1992.
- , “Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought”, *William and Mary Law Review*, vol. 29, 1987-1988.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1998.
- HYMOWITZ, Carol, “¿Son las mujeres víctimas de sus propios estereotipos?”, *Reforma*, México, sección *Negocios*, 25 de octubre de 2005.
- IGLESIAS VILLA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, vol. 23, 2000.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995.
- IZZO, Alec Anthony, “The Jurisprudence of Affirmative Action, Equality in Abstraction and Application”, *St. Thomas Law Review*, 4.
- J. G. C., “Civil Rights-No State Action Necessary to Prohibit Racial Discrimination by «Privat» Schools-González 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.
- 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.
- JEROME, Frank, *Derecho e incertidumbre*, traducción de Carlos M., Bidegain, México, Distribuciones Fontamara, 1993.
- , *La influencia del derecho europeo continental en el “common law”*, Barcelona, Bosch, 1957.
- , *Law and the modern Mind*, Londres, Steven & Sons Limited, 1949.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
- JOHNSON, Roberta Ann, “Affirmative Action Policy in the United States, its Impact on Women”, *Policy and Politics*, 1990, vol. 18, núm. 2.

- JOLOWICZ, J. A., *Naturaleza y carácter del proceso civil, la experiencia inglesa*, t. VI, núm. 1, 1993.
- JOYCE, Patricia M., "Equal Protection Challenge to Economic Regulations, «Mere» Rationality or «Near» Rationality", *Loyola Law Review*, vol. 23.
- K. W. G., "Disparaty in Financing Public Education, is There an Alternative to Rodríguez?", *University of Richmond Law Review*, vol. 8, 1973-1974.
- KAPLAN, John, "Segregation Litigation and the Schools—Part II, The General Northern Problem", *Northwestern University Law Review*, vol. 58, 1963-1964.
- KARST, Kenneth L., "The Revival of Forward-Looking Affirmative Action", *Columbia Law Review*, vol. 104, núm. 60, 2004.
- KARST, Kenneth, *Belonging to America, Equal Citizenship and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- , *Teoría general del derecho y el Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988.
- , *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1988.
- , "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana", *Dereito, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 4, núm. 1, 1995.
- , "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)", *La giustizia costituzionale*, traducción de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las acciones positivas", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, núm. 41, julio de 2001.
- , "Las acciones positivas", en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, 2003.
- KENNEDY, "Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness, the Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940", *Research in Law And Sociology*, vol. 3, 1980.
- 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 o Education*, 102 S. Ct. 3211 (1982)", *Journal of Urban Law*, vol. 60, 1982-1983.
- KILLIAN, Johnny H. y COSTELLO, George Albert, *The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation, Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States to June 29, 1992*, Washington, Government Printing Office, 1996.
- KIYOMI SERRANO, Susan y MINAMI, Dale, "Korematsu v. United States, «A constant caution in a time of crisis»", *Asian Law Journal*, 10, 2003.
- KLAPPENBACH, Augusto, "Igualdad y diferencia. En la filosofía moral de Kant", *Claves de la Razón Práctica*, núm. 46, 1994.
- KLUGER, Richard, *Simple Justice, the History of Brown vs. Borrad of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books, 1975.
- KOBACK, Todd Joseph, "The Long, Hard Road to Amsterdam, Effects of *Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen* and the Treaty of Amsterdam on Positive Action and Gender Equality in European Community Law", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 17, 1999.
- KRAMER, Karen G., "Voluntary Affirmative Action in the Private Sector-Are Seniority Overrides for Layoffs Permissible?", *The Hasting Law Journal*, vol. 35.
- KRAUZE, Enrique, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano*, México, Tusquets Editores, 1997.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- KRONMAN, Anthony T., "Is Diversity a Value in American Higher Education", *Florida Law Review*, vol. 52, 2000.
- KRUSE, Kevin M., "The Paradox of Massive Resistance, Political Conformity and Chaos in the Aftermath of *Brown vs. Board of Education*", *Saint University Law Journal*, vol. 48, núm. 3.
- KU, Raymond, "Consensos of the Governed, the Legitimacy of Constitutional Change", *Fordham Law Review*, vol. 64, 1995-1996.
- LAMBERT, Catherine, "Discriminatory Purpose, What it Means under the Equal Protection Clause-*Washington vs. Davis*", *DePaul Law Review*, vol. 26, 1976-1977.
- LAPORTA, Francisco J., "El principio de igualdad. Introducción a su análisis", *Sistema*, núm. 67, 1985.

- , “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001.
- LAWRENCE, Charles III, “The Id, the Ego, and Equal Protection, Reckoning with Unconscious Racism”, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987.
- LEE, Evan Tsen, “Deconstitutionalizing Justiciability, The Example of Mootness”, *Harvard Law Review*, vol. 105, 1991-1992.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “Equality as a Principle in German and Swiss Constitutional Law”, *Journal of Public Law*, vol. 3, 1954.
- , *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- LEUCHTENBURG, William E., “The Origins of Franklin D. Roosevelt’s Court-Packing Plan”, *Supreme Court Review*, 1966.
- LIAM, Braber, “Korematsu’s Ghost, a Post September 11th. Analysis of the Race and National Security”, *Villanova Law Review*, vol. 47, 2002.
- LINZER, Piter, “The Carolene Products Footnote and Preferred Position of Individual Rights, Louis Lusky and John Hart Ely vs. Fiske Stone”, *Constitutional Comentary*, vol. 12, 1995.
- LIVELY, Donald E., “The Supreme Court and Affirmative Action, Whose Classification is Suspect?”, *Hasting Constitutional Law Quarterly*, vol. 17, 1989-1990.
- LLEWELYN, Karl N., “Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1930-1931.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- LOLME, Juan Luis de, *La Constitución inglesa, comparada con los orígenes republicanos y monárquicos de Europa*, Madrid, Imprenta de Sanchiz, 1847.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001.
- LÓPEZ BOFIL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant Monografías, 2004.
- 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.
- LORA DELTORO, Pablo de, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1998.

- , “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, núm. 23.
- 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.
- LUCAS, Javier de, “La igualdad ante la ley. El derecho y la justicia”, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 1996.
- , “La polémica sobre los derechos de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 1994.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, “Estado liberal de derecho y Estado social de derecho”, *Derecho*, Salamanca, t. II, núm. 3, 1955.
- MACCORMICK, Neil, “Constitucionalismo y democracia”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989.
- MACKINNON, Catherine, *Sexual harassment of working women*, 117, Yale University Press, 1979.
- , *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1988.
- MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001.
- , “El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del *statute law*”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997.
- MAHONY, Roger, “A Call to Solidarity, a Pastoral Statement on Catholic Social Teaching and Affirmative Action”, *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y*, vol. 11, 1997.
- MALTZ, Earl M., “The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue”, *Constitutional Commentary*, vol. 5, 1988.
- 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.
- MARCUS, Paul, “The Philadelphia Plan and Strict Racial Quotas on Federal Contracts”, *UCLA Law Review*, vol. 17, 1969-1970.
- MARKS, Theresa, “Jonson vs. Santa Clara County Transportation Agency, Affirmative Action Expanded under Title VII”, *Golden Gate University Law Review*, vol. 18, 1988.
- MARSHALL, Frady, *Martin Luther King*, traducción de Marta Arguilé, Barcelona, Mondadori, 2003.

- MARTÍN VIDA, María Ángeles, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, mayo-agosto de 2003.
- , *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000.
- MARX, Carlos, *Manifiesto del Partido Comunista*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1985.
- MATHIAS, Reimann, "The Historical School against Codification, Savigny, Carter, and the defeat in the New Cork Civil Code", *The American Journal of Comparative Law*, 1989, vol. 37.
- MAYER, David N., "The Jurisprudence of Cristopher G. Tiedman, a Study in the Failure of Laissez-Faire Constitutionalist", *Missouri Law Review*, vol. 55, 1990.
- MCGINLEY, Ann C., "¡Viva la evolución!, Recongnizing Unconscious Motive in Title VII", *Cornell Journal Law and Public Policy*, vol. 9, 1999-2000.
- MCGINNIS, Laurie, "Undocumented Aliens Right to Medicaid after Plyler vs. Doe", *Fordham International Law Review*, vol. 7, 1983-1984.
- MCGOWAN, Davis, "Ethos in lawand History, Alexander Hamilton, and The Supreme Court", *Minnesota Law Review*, vol. 85, 2000-2001.
- MEANS, John E, "Prácticas equitativas de empleo, la legislación y su aplicación en Estados Unidos", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 73, núm. 3, 1966.
- MENDELSON, W., "The influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis and Frankfurter", *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, 1978.
- MICHELLE, Adams, "Searching for Strict Scrutiby in Grutter vs. Bollinger", *Tulane Law Review*, vol. 78, 2003-2004.
- MICHELMAN, Frank I., "On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 83, núm. 7, 1969-1970.
- , "Reasonable Umbrage, Race and Constitutional antidiscrimination Law in the United States and South Africa", *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 5, 2004.

- MILL, John Stuart, *El utilitarismo*, traducción de Esperanza Guisán. Barcelona, Altaza, 1997.
- y TAYLOR MILL, Harriet, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, traducción de Pere Casanellas, Madrid, A Machado Libros, 2000.
- MILLÁN, Lucía, “Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria. Igualdad formal *versus* igualdad sustancial. Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409, Marshall”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, enero-junio de 1998.
- MILLER, David, *Social Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
- y WALZER, Michael, *Pluralismo justicia e igualdad*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- MILLER, Lee M., “Constitutionality of Miscegenation Statutes-McLaughlin vs. Florida”, *Maryland Law Review*, vol. 25, 1965.
- MOLINA GÓNZALEZ-PUMARIEGA, Rocío, *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, Consejo Económico y Social, Departamento de Publicaciones, 2004.
- MONTGOMERY, J. W. III, “Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, Roadblocks to the Implementation of Brown”, *William and Mary Law Review*, vol. 12, 1970-1971.
- MORA, Sabine, “Simposium, Diversity on Trial, Grutter vs. Bollinger”, *Texas. Hisp. Journal Law and Pol.*, vol. 9, 2002.
- MORAIS, Nina, “Sex Discrimination and the Fourteenth Amendment, Lost History”, *Yale Law Journal*, vol. 97, 1987-1988.
- MORESO, Joseph Joan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Working Papers*, Barcelona, núm. 139, 1998.
- MORINEAU, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, 2004.
- MORISON, Samuel *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, traducción de Odón Durán D’Oion *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- MUNRO, Don, “The Continuing, Evolution of Affirmative Action under Title VII, New Directions after the Civil Right Act of 1991”, 81, *Virginia Law Review*, 1995.
- NEDELSKY, Jennifer, “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, en SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalis-*

- mo y democracia*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- NELSON, William E., "Brown vs. Board of Education and the Jurisprudence of Legal Realism", *Saint Louis Law Journal*, vol. 48, 2003-2004.
- NEUBORNE, Buró, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Universitat Pompeu Fabra, 1995.
- NEUMAN, Gerald L., "Equal Protection, «General Equality» and Economic Discrimination from a U. S. Perspective", *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1999.
- NINO, Carlos Santiago, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en Investigación Colectiva del Centro de estudios Institucionales de Buenos Aires, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- , *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1989.
- Nota, "Employment Discrimination and Title VII of the Civil Rights Act of 1964", *Harvard Law Review*, vol. 84, 1970-1971.
- Nota, "Executive Order 11246, Anti-Discrimination Obligations in Government Contracts", *New York University Law Review*, vol. 44, 1969.
- Nota, "The Constitutionality of Proposition 209 as Applied", *Harvard Law Review*, vol. 111, 1997-1998.
- Nota, "The Nonperpetuation of Discrimination in Public Contracting, a Justification for State and Local Minority Business Set-Asides after Wygant", *Harvard Law Review*, vol. 111, 1987-1988.
- Nota, "School Board's Effort to Reduce de Facto Segregation Upheld. *Balaban vs. Robin* 14 N. Y. 2d 193, 199 N. E. 2D 375, 250 n. ys. 2D 281 (1964)", *Ohio Saint Louis Law Journal*, vol. 26, 1965.
- Notes, "The Mootness Doctrine in the Supreme Court", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1974-1975.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- O'BRIEN, David, *Constitutional Law and Politics*, Nueva York, W. W. Norton and Company, 2000, vol. II.
- OGLETREE, Charles Jr., "Repairing the Past, New Efforts in the Reparations Debate in America", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 38, 2003.

- OLIVIERO, Melanie B., "Human Needs and Human Rights, Which Are More Fundamental?", *Emory Law Journal*, vol. 40, 1991.
- ONOFRY, Robert, "Keyes vs. School Dist. No. 1, Desegregation in the Northern Context", *New England Law Review*, vol. 9, 1973-1974.
- ORREGOS, Cristóbal, "Antecedentes iusfilosóficos de El concepto de derecho de H. L. A. Hart", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 84, 1995.
- OSBORNE, Raquel, "¿Son las mujeres una minoría?", *Isegoría*, núm. 14, 1996.
- , "Grupos minoritarios y acción positiva, las mujeres y la políticas de igualdad", *Papers, Revista de Sociología*, 1997, núm. 53.
- PAAP TAYLOR, Kimberly, "Affirmative Action for the Poor, a Proposal for Education Based on Economics, Not Race", *Hasting Const. L. Q.*, vol. 20, 1992-1993.
- PAGER, Sean, "Strictness and Subsidiarity, an Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 26, 2003.
- PAINE, Thomas, *El sentido común y otros escritos. (Estudio preliminar, selección y traducción)*, Madrid, Tecnos, 1990.
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de, "Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos", en ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Alcalá, Universidad de Alcalá, 2002.
- , "Entrevista a H. L. A. Hart", *Doxa*, 5, 1988.
- , "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional" en LAPORTA, Francisco J.(ed.) *Constitución, problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- PATTERSON, James, *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América. 1900-1985*, traducción de Teresa Casado Rodríguez, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- , *Brown vs. Board of Education. A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford University Press, 2001.
- PECES-BARBA, Gregorio, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1992.
- PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2005.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, "Aproximaciones al concepto de minoría", en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, 2001.
- PÉREZ TREVIÑO, Luis, "Una revisión de la soberanía del Parlamento británico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1998.
- PERRY, Michael J, "The Authority of Text, Tradition, and Reason, a Theory of Constitutional Interpretation", *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, traducción de José Fernández González, México, Porrúa, 1994.
- PINO, Javier del, "El Supremo de EE. UU. da un apoyo limitado a la discriminación positiva racial en la Universidad", *El País*, 24 de junio de 2003.
- POLLAK, Louis, "Racial discrimination and judicial integrity, A replay to professor Wechsler", *U. Pa. Law Review*, vol. 108, 1959.
- POMPEU CASANOVAS, José Juan Moreso (ed.), *El ámbito jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona, Crítica, 1994.
- PONTE, Lucille M., "United States vs. Virginia, Reinforcing Archaic Stereotypes about Women in the Military under the Flawed Guise of Educational Diversity", *Hastings Women's Law Journal*, vol. 7, 1996.
- POPOV, Olga, "Towards a Theory of Underclass Review", *Stanford Law Review*, vol. 43, 1990-1991.
- PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo, "Privacidad, mercado e información", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 6, enero-junio de 2002.
- POSNER, Richard A., "The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities", *The Supreme Court Review*, 1974.
- , "Bork and Beethoven", *Stanford Law Review*, vol. 42, 1989-1990.
- POUND, Roscoe, "The Influence of the Civil Law in America", *Louisiana Law Review*, vol. 1, 1938-1939.
- , "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (1)", *Harvard Law Review*, vol. XXIV, núm. 8, 1911.
- POZZI, Sandro, "El Supremo de EE. UU. prohíbe la pena capital para los menores de 18", *El País*, 2 de marzo de 2005.

- PRADA, M. Ángel de *et al.*, *Estudios sobre migraciones internacionales 9. La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Migraciones para el Empleo, 2002.
- PRESSER, Stephen, "Some Alarming Aspects of Legacies of Judicial Review and John Marshall", *William and Mary Law Review*, vol. 43, 20001-2002.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Constitución y parlamento", *Parlamento y Constitución*, Toledo, Cortes de Castilla-La Mancha, núm. 5, 2001.
- , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- , "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", *Doxa*, núms. 15-16, 1994.
- , "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 9, 1991.
- , *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- RADÍN, Max, *Cartas románticas (1923-1950). Estudio y edición, con una nota de lectura sobre "Californo y el derecho romano" de Carlos Petit*, Napoles, Jovene, 2001.
- , "Statutori Interpretation", *Harvard Law Review*, vol. 43, 1929-1930.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, traducción de Antoni Doménech, Barcelona, Crítica, 1996.
- , *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- RAZ, Joseph, "La intención en la interpretación", traducción de José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, *Doxa*, núm. 20, 1997.
- RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980.
- , "El pensamiento jurídico anglosajón y el europeo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 23, 1965.
- REGNIER, Thomas, "The Legacy of John Hart Ely, a Giant in the Classroom as Well", *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003-2004.
- REHNQUIST, William H., "Political Battles for Judicial Independence", *Washington Law Review*, vol. 50, 1975.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

- , “Jurisprudencia norteamericana reciente sobre las *affirmative actions* basada en el género”, *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 4, 2000.
- , “La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana”, *Revista de Derecho Político*, vol. 57, 2003.
- RICE, Roger L., “Residential Segregation by Law, 1910-1917”, *The Journal of Southern History*, vol. 34, núm. 2, 1968.
- RICHARDS, David A. J., “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988.
- , “Moral Philosophy and Search for Fundamental Values in Constitutional Law”, *Ohio State Law Journal*, vol. 42, 1981.
- RIESMAN, “Democracy and Defamation, Control of Group Libel”, *Columbia Law Review*, vol. 42, 1942.
- ROBERTS, Julian V., “Public Opinion, Crime, and Justice”, *Crime and Justice*, vol. 16, 1992.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*. México, Porrúa, 2000.
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO y BRAVO FERRER, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998.
- RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel José, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 94, 1999.
- RODRÍGUEZ, Daniel B. y WEINGAST, Barry R., “Postitive 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.
- RODRÍGUEZ, Marcela V., “Igualdad democracia y acciones positivas”, en FACIO, Alda y FRIES, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago, LOM Ediciones-La Morada, 1999.
- ROLL, Eric, *Historia de las doctrinas económicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967.
- ROSBERG, Gerald M., “Aliens and Equal Protection, Why Not the Right to Vote?”, *Michigan Law Review*, vol. 75, 1976-1971.
- ROSENFELD, Michel, “Affirmative Action, Justice, and Equalities, A Philosophical and Constitutional Appraisal”, *Ohio St. L. J.*, vol. 46, 1985.

- , “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1993.
- , “Metro Broadcasting, Inc. vs. FCC, Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality”, *UCLA Law Review*, vol. 38, 1990-1991.
- , “Substantive Equality and Equal Opportunity, a Jurisprudential Appraisal”, *Cal. Law Review*, vol. 74, 1986.
- , *Affirmative Action and Justice, a Philosophical and Constitutional Inquiry*, Londres, Yale University Press, 1991.
- , “Decoding Richmond, Affirmative Action and the Elusive Meaning of Constitutional Equality”, *Mich. Law Review*, vol. 87, 1988-1989.
- , *Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Jordi Freixes Montes, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique *et al.*, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- , *Nacimiento y evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos*, Barcelona, Quaderns de Treball, Centro d’Estudis de Drets Humans, Universitat Autònoma de Barcelona, núm. 3, 1994.
- ROSENKRANTZ, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, en KOH, Harold Hongju y SLYE, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , “Entrevista a Bruce Ackerman”, *Doxa*, núms. 17 y 18, 1995.
- ROSTOW, Eugene, “The Japanese American Cases a Disaster”, *The Yale Law Journal*, vol. 54, 1944-1945.
- ROTUNDA, Ronald y NOWAK, John E., *Treatise on Constitutional Law, Substance and procedure*, Minnesota, St Paul, West Group, 1999.
- , *Modern Constitutional Law. Cases and Notes*, West Publishing, 1997, 508.
- RUANO, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año V, núm. 22, 1995.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- RUIZ CÉZAR, 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.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", en VALCÁRCEL, Amelia, *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, 1994.
- , "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, núm. 19, 1996.
- , "La igualdad como diferenciación", en varios autores, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1994.
- , "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, núm. 19, 1996.
- RUMYANA, Kolarova, "Tacit Agreements in Bulgarian Transition to Democracy", *The University of Chicago Law School Roundtable*, 1993.
- RUSTÍN, Michael, "La igualdad en los tiempos postmodernos", en MILLER, David y WALZER, Michael, *Pluralismo justicia e igualdad*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RUTHERGLEN, George, "Disparate Impact under Title VII, an Objective Theory of Discrimination", vol. 73, 1987.
- SAMPER, Lluís, "Estratificación étnica y acción positiva. El caso de California", *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, tercera época, núm. 22, enero-abril de 1999.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, "La justicia constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983.
- SANDBURG, Carl, "Diecisiete palabras. La reposada revolución de la decimocuarta enmienda", en FRIENDLY, Fred W. y ELLIOTT, Martha J. H., *Frenos y contrapesos del poder. Ejemplo de los 200 años de la Constitución americana*, Barcelona, Ediciones Tesys y Bosch, Casa editorial, 1987.
- 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.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia 2. Problemas clásicos*, traducción de Santiago Sánchez González, México, Alianza Editorial, 1989.
- SAUNTRY, Susan S., "Irrebuttable Presumption as an Alternative to Estrict Scrutiny, From Rodríguez to LaFleur", *Geo. Law Journal*, vol. 62, 1973-1974.

- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- SCANLON, Anthony J., "The History and Culture of Affirmative Action", *BYU Law Review*, 1998.
- SCHMIDT, "Principle and Prejudice, The Supreme Court and Race in the progressive Era, Parte 1, The Heyday of Jim Crow", *Columbia L. Rev.*, vol. 82, 1982.
- SCHMITT, CARL, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.
- SCHULTZ, David, "Political Theory and Legal History. Conflicting Depiction of Property in the American Political Founding", *The American Journal of Legal History*, 37, 1993.
- SCHWARTZ, Bernard, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, traducción de Enrique Alonso García, Madrid, Civitas, 1990.
- , "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.
- , *Algunos artifices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- , *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, traducción de José Juan, Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, t. I.
- SEARL, Scout J., "United States vs. Paradise, Another Look at Alabama's Hiring Quota", *Creighton Law Review*, vol. 21, 1987-1988.
- SELM, Michael, "Remedying Societal Discrimination Through the Spending Power", *N. C. Law Review*, vol. 80, 2001-2002.
- SHAPIRO, Fred R., "The most Cited Legal Books Publisher Since 1978", 29, *Journal Legal Studies*, 2000.
- SHAPIRO, Martín (comp.), *The Constitution of the United States and Related Documents*, Nueva York, Appleton-Century Crofts, 1968.
- SHUCK, Peter H., "The Perceived Values of Diversity, then and Now", *Cardozo Law Review*, vol. 22, 2001-2002.
- SHUGERMAN, Abe L., "Individual Employee Grievances' under the Wagner and Taft-Hartley Acts", *Wisconsin Law Review*, 1949.
- SIEGEL, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law, How «Color Blindness» Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", *California Law Review*, vol. 88, 2000.

- , “Equality Talk, Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”, *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 5, 2004.
- SIEGEL, Stephen A., “John Chipman Gray and the Moral Basis of Classical Legal Thought”, *Iowa Law Review*, vol. 86, 2000-2001.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.
- SINDLER, Allan P., *Bakke, DeFunis and Minority Admissions, the Quest for Equal Opportunity*, Nueva York, Longman, 1978.
- SMITH, J. Clay Jr., “Bloody Crossroads, African Americans and the Bork Nomination-A Bibliographic Essay”, *Harvard Blackletter Journal*, vol. 1, 1993.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 2005.
- , *Política y derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2002.
- , “Dos visiones de la soberanía en la filosofía jurídica anglosajona, del rey Midas al soberano intermitente”, *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999.
- SOTIROS, Barber, “Judicial Review and the Federalist”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, 1988.
- SPINOZA, *Tratado político*, traducción de Atilano Domínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- SQUELLA, Agustín, “Libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio, ¿se puede ser liberal y a la vez socialista?”, *Doxa*, 21-I, 1998.
- 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.
- STARLING, Marshall, “Predictive Justice, Simmons vs. Roper and the Possible end of the Juvenile Death Penalty”, *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004.
- STRASSER, Mark, “Unconstitutional? Don’t Ask; if It Is, Don’t Tell, on Deference, Rationality and the Constitution”, *University of Colorado Law Review*, vol. 66, 1994-1995.
- SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985.

- SULLIVAN, Kathleen M., "Comment. Sins of Discrimination, Last Term's Affirmative Action Cases", *Harvard Law Review*, vol. 78, 1986.
- SULLIVAN, Patricia, *Days of Hope, Race and Democracy in the New Deal Era*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996.
- 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*, 30, 1982.
- SUNSTEIN, Cass R., *República.com, Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós-Ibérica, 2003.
- , "Constitutionalism after New Deal", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987.
- , "Lochering", *Texas Law Review*, vol. 82, 2003-2004.
- , "Lochner Legacy", *Columbia Law Review*, vol. 87, núm. 5, 1987.
- SWINK, Dawn R., "Back to Bakke, Affirmative Action Revisited in Educational Diversity", *B. Y. C. Education and Law Journal*, Issue 1, 2003.
- TAYLOR, Hobart Jr., "The President's Committee on Equal Employment Opportunity", *Southwestern Law Journal*, 1962.
- THAYER, James, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893-1894.
- THEDMANS, David, "The Reincarnation of Jim Crow, a Thirteenth Amendment Analysis of Colorado's Amendment 2", *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 4, 1994.
- THURMAN, Arnold, "Judge Jerome Frank", *The University of Chicago Law Review*, vol. 24, 1956-1957.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa*, núms. 15-16, 1994.
- TOMEI, Manuela, "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, 2003.
- TOMIKO, Brown-Nagin, "Elites, Social Movements, and the Law, the Case of Affirmative Action", *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1980.
- TORBISCO CASALS, Neus, "Minorías culturales y derechos colectivos, Un enfoque liberal", en CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert y MORESO

- MATEOS, José Juan (dirs.), Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, 2000.
- TRAKMAN, Leon E., "Substantive Equality in Constitutional Jurisprudence, Meaning within Meaning", *Canadian Journal Law Jurisprudence*, vol. VII, núm. 1, enero de 1994.
- TREVINO, David J., "The Currency of Reparations, Affirmative Action in College Admissions", *The Scholar*, 2001-2002.
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, 2000.
- , "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", *The Yale Law Journal*, vol. 89, 1980.
- TURÉGANO, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- TUSHNET, Mark y LEZIN, Katya, "What Really Happened in Brown vs. Board of Education", *Columbia Law Review*, vol. 91, 1991.
- TUSHNET, Mark, *The NAACP'S Legal Strategy Against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2005.
- TUSHNET, Mark, "Darkness on the Edge of town, The Contribution of John Hart Ely to Constitutional Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 6, 1979-1980.
- , "Defending Korematsu?, Reflections of Civil Liberties in War Time", *Wisconsin Law Review*, 2003.
- , "Thayer's target, Judicial review or democracy?", *Northwestern University Law Review*, vol. 88, 1993-1994.
- , "The U.S. Constitution and the intent of the Framers", *Buffalo Law Review*, vol. 36, 1987.
- TUSSMAN, Joseph y TENBRUEK, Jacobus, "The Equal Protection of the Laws", *California Law Review*, vol. 37, 1949.
- ULMER, Sidney S., "Polar Classification of Supreme Court Justice", *South Carolina Law Quarterly*, vol. 12, 1959-1960.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "Luces y sombras de la discriminación positiva", *Claves de Razón Práctica*, núm. 90, 1999.
- VERKERKE, J. Houtt, "Compensating Victims of Preferential Employment Discrimination Remedies", *The Yale Law Journal*, vol. 98, 1988-1989.
- VICK, Douglas W., "The Human Rights Act and the British Constitution", *Texas International Law Journal*, vol. 37, 2002.

- VIKRAM, David Amar, "Some Cuestions about Perfectionist Rationality Review", *Hastings Law Journal*, vol. 45, 1993-1994.
- VITERITTI, Joseph P., "A Truly Living Constitution, Why Educational Opportunity Trumps Strict Separation on the Voucher Question", *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 57, 2000.
- VOGEL-POLSKY, Eliane, "Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 104, núm. 2, 1985.
- VARIOS AUTORES, *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1996.
- WALDRON, Jeremy, *Nonsense upon Stilts, Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Londres y Nueva York, Methuen, 1987.
- , "A right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993.
- , "Deliberación, desacuerdo y votación", en KOH, Harold Hongju y SLYE, Ronald C. (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , "Freeman's Defense of Judicial Review", *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994.
- , "Vagueness in Law and Language, Some Philosophical Issues", *California Law Review*, vol. 82, 1994.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, Birmingham, Legal Classics Library, 1992.
- , "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", *Harvard Law Review*, vol. 37, 1923-1924.
- , "The First Decade of the United States", 7, *University of Chicago Law Review*, 1939-1940.
- WASBY, Stephen L., *The Impact of the United States Supreme Court*, 1970.
- WECHSLER, Herbert, "Toward Neutral Principle of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 75, núm. 1, 1959.
- 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.
- WELLINGTON, Harry H., "Common Law Rules and Constitutuinal Double Standard, some Notes on Adjudication", *Yale Law Journal*, vol. 83.

- WEST, Robin, "Tomas Paine's Constitution", *Virginia Law Review*, vol. 89, 2003.
- WHITE, G. Edward, "Revisiting the Substantive due Process and Holmes's Lochner Dissenting", *Brooklyn Law Review*, vol. 63, 1997.
- WILKINSON, Harvie J., *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration, 1954-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.
- WINTER, Steven L., "Indeterminacy and Incommensurability in Constitutional Law", *California Law Review*, vol. 72, 1990.
- WISDOM, John M., "Plesy vs. Ferguson 100 Years Later", *Wash. & Lee Law Review*, vol. 53.
- WITTEN, Samuel M., "Compensatory Discrimination in India, Affirmative Action as Means of Combating Class Inequality", *Columbia Transnational Law*, vol. 21, 1982-1983.
- WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.
- WORSTER, William, "Using Jurisprudence to Resolve the British Separation of Powers Following the Human Rights Act 1988", *Oregon Review of International Law*, vol. 5, 2003.
- YAMAMOTO, Erick K., "Korematsu Revisited-Correcting the Injustice of Extraordinary Government Excess and Lax Judicial Review, Time for a Better Accommodation of National Security Concerns and Civil Liberties", *Santa Clara Law Review*, vol. 26, 1986.
- YARBROUGH, Tinsley, "The Burger Court and Unspecified right, on Protecting Fundamental Right or Interests through a Flexible Conception of Equal Protection", *Duke Law Journal*, vol. 26, 1977.
- YEN, Alfred, "Introduction, Praising with Faint Damnation-The Troubling Rehabilitation of Korematsu", *Boston College Law Review*, vol. 40, 1998-1999.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra Instituto de la Mujer, Universidad de Valencia, 2000.
- YOUNG, Michael, *El triunfo de la meritocracia*, Madrid, Tecnos, 1964.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003.
- ZMANSKY, Stephen, "Colorado's Amendment 2 and Homosexual's Right to Equal Protection of the Law", *Boston College Law Review*, vol. 35, 1993-1994.

Recursos en línea:

- ALLEN, Robert, "Rawlsian Affirmative Action, Compensatory Justice as Sean from the Origins Position", *Social Philosophy*. En línea, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Soci/SociAlle.htm>, se accedió a la página el 7 de noviembre de 2005.
- ASTRA, Antonio, "Alexander Hamilton y la filosofía política", *Contra Clave*. En línea, www.contraclave.org, se accedió a la página el 30 de agosto de 2004.
- 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.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, "Democracia y derechos, problemas de fundamentación del constitucionalismo". En línea, www.upf.edu/dret/filos/foro04/democyjust.rtf, se accedió a la página el 14 de marzo de 2005.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the law of England*. Londres, William Walker, 1826, vol. I. Una versión facsímil de la edición original se puede consultar en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. En línea: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaAutor.html?Ref=5720&portal=33>, se accedió a la página el 27 de julio del 2005.
- CATALYST, "Women «take care», Men «take charge». Stereotyping of U. S. Busines Leaders Exponed". En Línea, www.catalystwomen.org/files/full/Women%20Take%20Care%20Men%20Take%20Charge.pdf, se accedió a la página el 29 de octubre de 2005.
- CIMOLAI, Silvina, "Acción afirmativa en el ingreso a las universidades norteamericanas. Principios 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.
- CONGRESO DE CARACAS, 1980. En línea, http://www.cinu.org.mx/11congreso/UN/antecedentes_02.htm, se accedió a la página el 17 de octubre 2005
- CUSHMAN, Barry, "The Great Depression and the New Deal", *University of Virginia Public Law and Legal Theory Workings Papers Series*, vol. 23, 2005. En línea, <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=uvalwps>, se accedió a la página el 11 de agosto de 2005.

- FISS, Owen M., Los artículos y colaboraciones en libros de Owen Fiss pueden consultarse en formato pdf en línea, <http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/omf2/pub.htm>, se accedió a la página el 3 de noviembre de 2005.
- FITZPATRICK, Brian, "Diversity, the Truth Behind the Michigan Cases", *The Federalist Society for Law and Public Policy Studies*. En línea: www.fed-soc.org/Publications/White%20Papers/diversity.pdf, se accedió a la página el 3 de noviembre de 2005. La traducción es nuestra.
- 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. En línea, www.uv.es/afd/CEFD/2/garcia.html, se accedió a la página el 6 de agosto de 2004.
- GARGARELA, Roberto, "El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina". En línea, www.politica.com.ar/Filosofia_politica/Democracia_deliberativa_gargarella.htm, se accedió a la página el 28 de octubre de 2003.
- , "Groups Rights, Judicial Review, and Personal Motives", *The Journal of Legal Scholarship, the Originalism and Fate of Antisubordination Theory*, 2002, artículo 3. En línea, www.bepress.com/ils/iss2/art.3, se accedió a la página el 15 de agosto 2004.
- GURIN, Patricia, "The Compelling Need for Diversity in Higher Education". En línea, www.umich.edu/~urel/admissions/legal/expert/, se accedió a la página el 14 de agosto de 2003.
- HASNAS, John, "Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle, the Philosophical Basis for the Prohibition of Discrimination", *Law and Economics working paper series*. En línea, http://ssrn.com/abstract_id=334720, se accedió a la página el 3 de junio de 2005. Existe una versión en papel en la revista *Fordham Law Review*, vol. 71, november de 2002.
- HOROWITZ, David, "Ten Reasons Why Reparation for Blacks is a Bad Idea for Blacks and Racist Too". En línea, www.frontpagemag.com/Articles/ReadArticle.asp?ID=1153, se accedió a la página el 18 de octubre de 2005.
- HOWARD, A. E. Dick, "Decir qué es la ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad", *Projusticia*. En línea:

- ticia.org.pe/ejournalusa02.shtml*, se accedió a la página el 22 de diciembre de 2005.
- 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>.
- LAJE, Alejandro, "Consideraciones sobre la enseñanza del derecho para la configuración de los estándares requeridos para los planes de estudio en universidades argentinas", *La Ley. Actualidad*, año LXVIII, núm. 208. En línea: www.vaneduc.edu.ar/uai/facultad/derecho/fac-dere-art-ley.asp, se accedió a la página 31 de octubre de 2005.
- LEGAL AID SOCIETY-EMPLOYMENT LAW CENTER, "Discriminación en el empleo protecciones contra discriminación y acoso". En línea, <http://www.las-elc.org/xcoverviewsp.pdf>, se accedió a la página el 15 de noviembre de 2005.
- MICHIGAN CIVIL RIGHTS INITIATIVE. En línea, http://www.adversity.net/michigan/mcri_mainframe.htm, se accedió a la página el 19 de octubre de 2005.
- NAGEL, Thomas, "Rawls y el liberalismo", *Estudios Públicos*. Existe una versión electrónica. En línea: www.cepchile.cl/dms/archivo_3475_1731/r97_nagel_rawls.pdf, se accedió a la página el 30 de octubre de 2005,
- Orden Ejecutiva 9066 del 19 de febrero de 1942. En línea: <http://www.ourdocuments.gov/content.php?flash=true&page=milestone>, se accedió a la página el 11 de agosto de 2005. La página cuenta con otros documentos de gran interés, desde la resolución del general Lee de 1776 hasta la Voting Rights Act de 1965.
- 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 25 de enero de 2005.
- PITTS, David, "Brown vs. Junta escolar. La decisión del tribunal supremo que cambió a una nación", *Periódico electrónico del USIS*, vol. 4, núm. 2, septiembre de 1999. En línea: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0999/ijds/pitts.htm>, se accedió a la página el 20 de junio de 2004.

- SPECTOR, Horacio, "La filosofía de los derechos humanos", *Working Papers*, 56, 1999. En línea, <http://www.utdt.edu/publicaciones/papers/wp056.pdf>, se accedió a la página el 8 de octubre de 2005.
- THE NATIONAL COALITION OF BLACK REPARATION ACTIVIST (N'COBRA), fundada en 1987. Véase el documento informativo publicado por la organización, En línea, [www.ncobra.org/pdf/Infor-mation%20Sheet%20 Master%20-20NCOBRA.pdf](http://www.ncobra.org/pdf/Infor-mation%20Sheet%20Master%20-20NCOBRA.pdf), se accedió a la página el 18 de octubre de 2005.
- THE UNITED STATES COMISIÓN ON STATEMENT ON AFFIRMATIVE ACTION. En línea, <http://www.usccr.gov/aaction/aamain.htm>, se accedió a la página el 22 de septiembre de 2005.
- TUSHNET, Mark, "The Return of the Repressed, Groups, Social Welfare Rights, and the Equal Protection Clause", *Legal Scholarship*, The originalism and fate of antisubordination theory, 2002, artículo 7. En línea: <http://www.bepress.com/ils/iss2/art7/>.
- YARBROUGH, Tinsley, "Protección de los derechos de las minorías", *Documentos de la Democracia*, núm. 11. En línea, <http://usinfo.state.gov/espanol/infousa/govt/files/democ/demo11.htm>, se accedió a la página el 3 de marzo de 2005.
- YU, Chong-Ho, "Rethinking Policy, Is Affirmative Action Compatible with Fairness?", En línea, <http://www.creative-wisdom.com>, se accedió a la página el 2 de noviembre de 2005.
- YOUNG, Cathy, "The High Price of Racial Preferences", *Boston Globe* A15. En línea, <http://www.boston.com/news/globe/>, se accedió a la página el 14 de agosto del 2001.

Diccionarios

- VARIOS AUTORES, *Diccionario de filosofía*, traducción de Alfredo Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- , *Diccionario de política*, redactores de la edición en español, José Arico, Martí Soler y Jorge Tula, México, Siglo Veintiuno Editores, 1983, t. II.
- , *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1999.

MARIO SANTIAGO JUÁREZ

Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid; profesor investigador en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso-México); forma parte de la coordinación de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia en la misma institución. Actualmente trabaja en temas relacionados con el derecho constitucional, los derechos humanos y la filosofía del derecho.

E

n junio de 2003 se promulgó en México la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. En este ordenamiento se establecen una serie de medidas positivas y compensatorias a favor de los miembros de algunos grupos vulnerables de nuestro país. Sin duda, la redacción de esta Ley es el resultado de la influencia de normas y doctrinas extranjeras. La más grande de dichas influencias es la derivada de la discusión que en torno al tema se ha dado, y se da, en los Estados Unidos de América. Es, exactamente, en ese país donde los argumentos esgrimidos en favor y en contra de las acciones positivas y afirmativas (*affirmative actions*) han alcanzado niveles de superlativa sutileza.

Este libro pretende contribuir, precisamente, a la comprensión de estas discusiones, así como de la justicia en la implementación de los instrumentos diseñados para lograr la efectiva igualdad entre los hombres. De esta manera, se intenta enriquecer la discusión en México relacionada con el principio de igualdad.



www.juridicas.unam.mx

ISBN 978-970-32-4423-2

