

# EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN ESTADOS UNIDOS. NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA (1)

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA *EQUAL PROTECTION CLAUSE* Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS.—3. LA DOCTRINA *SEPARATE BUT EQUAL*—4. LA DOCTRINA DEL *DISCRIMINATORY PURPOSE*.—5. LOS ORÍGENES DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA Y SU EVOLUCIÓN.—6. BREVE REFERENCIA A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN DERECHO ESTADOUNIDENSE.—7. VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ESTADOUNIDENSE EN MATERIA DE ACCIÓN AFIRMATIVA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Al margen de las alusiones a la igualdad natural en las *Declarations of Rights* de las colonias americanas y en el texto de la Declaración de Independencia de 1776, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 no incluyó inicialmente ninguna referencia a la igualdad (2), a diferencia de los

---

(1) La doctora María Ángeles Martín Vida es Becaria Postdoctoral de Investigación en la Cátedra de Derecho Público (Prof. Arnold) de la Universidad de Regensburg (Alemania). Esta publicación es en parte posible gracias a la Beca Postdoctoral del Ministerio Español de Educación, Cultura y Deporte de la que disfruta.

(2) Es más, la Constitución americana toleraba la esclavitud (art. 4.2). El Tribunal Supremo en 1857, en la sentencia del caso *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857), declaró la inconstitucionalidad de una norma del Congreso que prohibía la esclavitud en los territorios administrados por la Federación, y ello porque con esa prohibición se vulneraban los derechos de propiedad de los dueños de esclavos en los Estados en los que la esclavitud gozaba de protección legal, declarando la Corte expresamente que los negros eran una «clase inferior y subordinada de seres» que no tenían ningún derecho que hubiese de ser respetado por los blancos.

primeros textos constitucionales franceses posteriores a la Revolución (3). Fueron algunas de las Enmiendas a la Constitución que se añadieron a ésta a raíz de la Guerra Civil y de la labor de los movimientos abolicionistas de la esclavitud las que proporcionaron la base textual para el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del principio de igualdad en los Estados Unidos, cuya problemática fundamental ha estado siempre centrada en la cuestión racial.

La Decimotercera Enmienda («*No existirán dentro de los Estados Unidos ni en los territorios sujetos a su jurisdicción, ni esclavitud ni servidumbre involuntaria, salvo como pena por un delito por el que el interesado haya sido debidamente condenado*») fue aprobada en 1865 y supuso la definitiva abolición de la esclavitud en los Estados Unidos, aunque inmediatamente algunos Estados sureños adoptaron los llamados «*black codes*» (códigos negros) a través de los cuales imponían a los negros recién emancipados severas restricciones legales. Para acabar con ellas el Congreso adoptó la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles) de 1866, pero como quedasen dudas sobre la suficiente base constitucional que a esta norma podía proporcionar la Decimotercera Enmienda, se aprobó en 1868 la Decimocuarta Enmienda a la Constitución, que incorpora en su sección primera la *equal protection clause* (cláusula de igual protección) [«*ningún Estado denegará (...) a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes*» (4)], y una *due process clause* (cláusula de proceso debido) («*ni podrá ningún Estado privar a ninguna persona de su vida, su libertad o su propiedad sin el respeto al proceso debido*»), similar a la de la Quinta Enmienda [«*ninguna persona (...) será privada de su vida, su libertad o su propiedad sin el respeto al proceso debido*» (5)]. Posteriormente fue aprobada la Decimoquinta Enmienda, que reconoció el derecho al voto a los ciudadanos negros («*el derecho al voto de los ciudadanos de los*

---

(3) Sobre éstos y sobre las razones que explican las diferencias en el tratamiento originario del principio de igualdad en los textos franceses y en Norteamérica, véase mi trabajo *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 2003 (Colección *Feminae*) (en prensa).

(4) La cláusula, de acuerdo con su tenor literal, sólo resulta aplicable a los Estados federados (y a otros poderes públicos dentro de los Estados), no a la Federación. No será hasta la década de los cincuenta del siglo xx, concretamente a partir de la sentencia del caso *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), cuando el Tribunal Supremo establezca una obligación para la Federación de proteger la igualdad, obligación que se hace derivar de la cláusula de proceso debido de la Quinta Enmienda y que se valora en los mismos términos que la derivada de la *equal protection clause* de la Enmienda Decimocuarta.

(5) Aunque esta *due process clause* está ideada como límite al poder federal, y la de la Decimocuarta Enmienda representa un límite al poder estatal, los cánones de valoración son en todo caso los mismos.

*Estados Unidos no podrá ser denegado o limitado por los Estados Unidos ni por ningún Estado sobre la base de la raza, el color o la previa condición de servidumbre»).*

Pese a la abolición de la esclavitud y a la aprobación de las normas mencionadas, los miembros del colectivo negro, y no sólo en los Estados sureños, continuaron viviendo una situación de permanente discriminación a manos de los blancos, que rechazaban contratarlos o que los destinaban a la realización de los trabajos más desagradables y peor pagados, estando extendido el estereotipo que consideraba a los negros ignorantes, perezosos e irresponsables. Prácticamente hasta la Segunda Guerra Mundial esta situación de discriminación contra los negros no fue atacada en Estados Unidos. Con posterioridad a la Segunda Gran Guerra, la creciente aceptación del principio de universalidad de los derechos humanos y el temor al peligro que un activo colectivo subproletario discriminado tan numeroso podía llegar a suponer para la estabilidad política del país llevaron a que se pusiesen en marcha esfuerzos significativos de cara a combatir la discriminación racial.

## 2. LA *EQUAL PROTECTION CLAUSE* Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

De una norma tan ambigua como la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece literalmente, como se acaba de ver, que a ninguna persona le será denegada «la igual protección de la ley» por parte de ningún Estado, la Corte Suprema y la doctrina americanas han deducido una exigencia de igualdad en el contenido de las normas y el principio de prohibición de discriminación por parte de los poderes públicos (*antidiscrimination principle*), que proscriben las diferencias de tratamiento jurídico injustificadas, dando de este modo fundamento textual en la Constitución a un ideal de igualdad más allá de la igualdad en la aplicación de la ley que, como mucho, podría deducirse del tenor literal de la *equal protection clause* reproducida, y que trasciende asimismo su vinculación original con la problemática racial.

Desde el primer momento la Corte Suprema americana interpretó la *equal protection clause* como demanda de «leyes iguales» (6), esto es, como un límite a la actividad del legislador y no sólo como una exigencia de igual aplicación de la ley por parte de la Administración y de los jueces. Esto sin embargo

(6) Caso *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

no ha impedido nunca que el legislador pueda introducir diferencias de trato entre unos individuos y otros, entre unos colectivos y otros (7).

En un primer momento la Corte Suprema vinculó en este sentido la *equal protection clause* a una exigencia de razonabilidad en la previsión normativa de diferencias de trato (8). Aunque en un principio su concepción de la «razonabilidad» era muy restringida y estaba vacía de contenido (se requería simplemente para satisfacer sus exigencias que todos aquellos a los que una determinada ley afectase estuviesen sujetos a las mismas cargas y sanciones) (9), en seguida se añadió un requisito de «racionalidad» en la selección del criterio utilizado para fundamentar la diferencia de tratamiento, racionalidad que obliga a tener en cuenta el fin perseguido por la norma. De este modo, la diferencia normativa de trato tendrá una justificación racional si la configuración del supuesto de hecho de la norma y la clasificación de los individuos que caen dentro de su ámbito de aplicación son medios racionalmente idóneos para la consecución del fin que la norma se propone. Un fin que, por otra parte, ha de ser legítimo desde la perspectiva de los valores constitucionales y de una determinada concepción del bien común para que esta conexión medios-fines tenga un sentido congruente. Normalmente este método conduce a aceptar la constitucionalidad de las normas, dado el respeto que la Corte Suprema muestra hacia la concepción del bien común puesta de manifiesto por el legislador democrático en la selección de los fines perseguidos normativamente. La Corte sólo invalidará las normas cuando la conexión medio-fin no exista o, lo que es más frecuente, cuando sea muy débil, lo cual ocurre cuando el criterio es *underinclusive* (esto es, cuando la clasificación no incluye a todos los que están idénticamente situados con respecto al fin perseguido) u *overinclusive* (quedan incluidas personas que no deberían estarlo de acuerdo con el fin de la norma).

A partir de un determinado momento, sin embargo, la Corte empezó a detectar que ciertas clasificaciones legales, pese a superar los requisitos del test

---

(7) Una vez constatado que la actividad legislativa se asienta precisamente en la necesidad de introducir diferencias de tratamiento entre unas situaciones y otras, se trata de dilucidar qué diferencias de trato se permiten y cuáles no, teniendo en cuenta que la *equal protection clause* no concreta qué distinciones están prohibidas.

(8) Sigo a partir de este punto en líneas generales a LAWRENCE H. TRIBE: *American Constitutional Law*, 1.<sup>a</sup> ed. Mineola-Nueva York, The Foundation Press Inc., 1978, en especial págs. 994 y sigs.; a JOSÉ SUAY RINCÓN: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, en especial el capítulo III, págs. 107 y sigs.; y a OWEN M. FISS: «Groups and the equal protection clause», en MARSHALL COHEN, THOMAS NAGEL y THOMAS SCANLON (eds.): *Equality and preferential treatment*, Princeton-Nueva Jersey, Princeton University Press, 1977, págs. 84 y sigs.

(9) Caso *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888).

de mera racionalidad, eran de constitucionalidad dudosa, y así, en la nota a pie de página número cuatro que el juez Stone redactó en la sentencia del caso *Lochner v. New York* (10), se comenzó a cuestionar la presunción de constitucionalidad que hasta ese momento había operado para todas las normas sometidas al control de la Corte Suprema y a dudar de su conveniencia cuando lo que se valoraban eran leyes que reflejaban prejuicios contra ciertas minorías o que limitaban su participación en los procesos políticos de toma de decisiones. No obstante, hasta los años cincuenta no se planteó la necesidad de comenzar a elaborar una construcción jurisprudencial concreta para abordar la cuestión de los tratamientos legales diferenciados por razón de raza. Ésta llegó cuando los jueces se sintieron preparados para, superando precedentes de tanto peso como la sentencia del caso *Plessy* y la interpretación original de la Decimocuarta Enmienda (cuestiones a las que más adelante se hará referencia), afrontar todo lo que iba a suponer echar abajo el sistema de segregación escolar y las prohibiciones de mestizaje, y para extraer de la *equal protection clause* diversos niveles de exigencia en función del criterio sobre el que se construyese la clasificación legal en cuestión. El punto de inflexión lo marcó la sentencia *Brown I*, de 1954 (11), pero aún habrían de pasar algunos años antes de que se llegasen a articular técnicamente los nuevos test de constitucionalidad en materia de igualdad.

Se establecieron tres niveles, que aún se mantienen (12), en la valoración jurídico-constitucional de las normas que podían vulnerar la *equal protection clause*, de modo que cuando el criterio de diferenciación empleado por el legislador resulte particularmente delicado se abandona el test de mera racionalidad y se incrementa el nivel de exigencia que la Corte requiere para admitir la constitucionalidad de la norma.

El llamado *strict scrutiny test* se utiliza cuando el criterio empleado por el

(10) 198 U.S. 45 (1905).

(11) *Brown v. Board of Education I*, 347 U.S. 483 (1954).

(12) En los últimos años parece estar surgiendo, en opinión de Rey Martínez (FERNANDO REY MARTÍNEZ: «Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la *affirmative action* basada en el género», *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 4, 2000, págs. 8 y sigs., al que me remito para un análisis de su tesis), un nuevo estándar de valoración, más exigente que el *intermediate test* pero menos que el *strict scrutiny test*. Es el test de la «*exceedingly persuasive justification*» (justificación sumamente convincente). En esencia, sin embargo, y a salvo de ulteriores concreciones prácticas de aplicación de este estándar, no parece en mi opinión que hoy por hoy existan diferencias sustanciales respecto al *intermediate test* (en este sentido también PETER LURIE: «The law as they found it: disentangling gender-based affirmative action programs from *Crososn*», *The University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992-II, págs. 1587-1588).

legislador para fundamentar la diferencia de tratamiento es la raza o cuando puede verse afectado un derecho o interés considerado fundamental (hasta ahora tienen la consideración de tales sólo el derecho al voto, la libertad de circulación interestatal y el igual acceso a la justicia (13), mostrándose el Tribunal muy reticente a ampliar la lista). En estos casos el legislador ha de probar la existencia de un *interés extraordinario o apremiante (compelling interest)* para legitimar la diferencia normativa introducida y la consiguiente limitación de valores constitucionales fundamentales, y además tal diferencia de trato ha de estar estrechamente conectada (*narrowly tailored*) con la satisfacción de dicho interés, de modo que no exista ningún medio menos discriminatorio para su consecución. En la práctica, si el Tribunal Supremo se inclina por aplicar este *strict scrutiny test*, las posibilidades de que la norma impugnada no acabe siendo declarada inconstitucional son muy escasas (14). De lo que se trata con la utilización de este test es de controlar de cerca aquellas actuaciones gubernamentales o legislativas que muestren indicios de prejuicios contra minorías tradicionalmente oprimidas o particularmente débiles, sobre todo cuando esa debilidad se manifiesta en un escaso peso de esos colectivos en los procesos de toma de decisiones. Sin embargo, las nuevas tendencias jurisprudenciales surgidas en Estados Unidos a partir de las décadas de los cincuenta y sesenta revelan, como veremos más adelante, que la efectividad real del principio de no discriminación, sobre todo en referencia a la raza, ha de enfrentarse aún a muchos obstáculos.

Cuando el utilizado es un criterio considerado «sensible» (*sensitive*), aunque no necesariamente «sospechoso» (*suspect*), esto es, el género, y en alguna ocasión también la filiación o la condición de extranjero o, en definitiva, cuando está en juego un interés importante, aunque no necesariamente funda-

---

(13) El igual acceso a la justicia ha quedado con posterioridad integrado en el derecho al proceso debido y fuera del campo de la igualdad (J. SUAY RINCÓN: *Op. cit.*, pág. 120).

(14) En el caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), la norma impugnada, que utilizaba la raza como criterio de clasificación, sí superó sorprendentemente el *strict scrutiny test*, pese a que el criterio empleado era además claramente *underinclusive* y *overinclusive*: tras el ataque sobre Pearl Harbor durante la Segunda Guerra Mundial, los ciudadanos norteamericanos de ascendencia japonesa que vivían en la Costa Oeste fueron confinados en «campos de concentración» con el pretendido fin de evitar que pudiesen colaborar con el enemigo. El asunto llegó a manos de la Corte Suprema, que decidió aplicar el test más estricto en vista del carácter particularmente sospechoso del criterio utilizado. La norma fue declarada conforme a la Constitución ya que se aceptó la existencia de un interés extraordinario que la justificaba: razones de defensa nacional, dada la situación de guerra en que se encontraban los Estados Unidos y Japón. Sobre la aplicación del *strict scrutiny test* por el Tribunal Supremo estadounidense puede verse DAVID A. STRAUSS: «Affirmative action and the public interest», *The Supreme Court Review*, 1995, en especial págs. 6 y sigs.

mental o preferente (por ejemplo, injerencias en la libertad individual, o negativa de beneficios vitales), se emplea el llamado *mid-level scrutiny test* o *intermediate test* (test intermedio), que obliga al Estado (o poder público) demandado a demostrar la existencia de un *objetivo importante* (*important or substantial interest*) que justifique la diferencia normativa de tratamiento introducida, y a demostrar además que la diferencia de trato está sustancialmente vinculada (*substantially related*) a la consecución de dicho objetivo. No quiere esto decir que las mujeres sean consideradas como un colectivo necesitado de menor protección que las minorías étnicas, sino que se entiende que una clasificación basada en el sexo puede con más probabilidad que una clasificación racial estar al servicio de un objetivo legítimo, en la medida en que existen ciertas diferencias biológicas entre varones y mujeres que en alguna circunstancia (embarazo y parto, fundamentalmente) pueden justificar un diferente tratamiento jurídico. En el caso de la etnia las diferencias de tratamiento jurídico se muestran más difícilmente justificables en cualquier supuesto.

### 3. LA DOCTRINA *SEPARATE BUT EQUAL*

Hasta 1954 en que el Tribunal Supremo norteamericano dictó la famosa sentencia ya citada *Brown v. Board of Education I*, la Corte había venido defendiendo la doctrina segregacionista (*separate but equal*) para regular el acceso a diversos servicios por parte de los miembros del colectivo negro, como no contraria a la *equal protection clause*.

En 1896 la sentencia *Plessy v. Ferguson* (15) declaró por primera vez la legitimidad constitucional de aquellas previsiones normativas que obligaban a los negros a acceder por separado a servicios en principio idénticos a los ofrecidos a los blancos. Las personas podían ser separadas legalmente en función de su raza sin que ello supusiese un tratamiento contrario a la *equal protection clause*, siempre que la ley que estableciese la segregación fuese fruto del ejercicio razonable y proporcionado por parte del Estado de su creciente poder de

---

(15) 163 U.S. 537 (1896). En el caso *Plessy* se discutía una norma que obligaba a los negros a ocupar en los trenes vagones distintos a los ocupados por los blancos. Sobre la necesidad de relativizar desde una perspectiva histórica la jurisprudencia norteamericana en materia de igualdad y sobre la labor de la Corte Suprema estadounidense en el mantenimiento de las estructuras de dominación a través de simples modificaciones del aspecto externo de las mismas, véase el interesante trabajo de REVA SIEGEL: «Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action», *Stanford Law Review*, vol. 49, núm. 5, mayo 1997, págs. 1111 y sigs.

policía (*police power*) y que la calidad de los servicios ofrecidos a unos y otros fuese similar. Las leyes que ordenaban la segregación racial en los medios de transporte público fueron declaradas conformes con la Decimocuarta Enmienda, ya que, en opinión de la Corte, no oprimían a los negros ni los consideraban una raza inferior, afirmándose literalmente en esa sentencia que «el propósito de la Enmienda fue indudablemente hacer valer la absoluta igualdad ante la ley de las dos razas, pero lógicamente no habría podido pretender abolir distinciones basadas en el color de la piel, o imponer una igualdad social, diferenciada de la política, o una mezcla de las dos razas en términos insatisfactorios para ambas».

En el momento de dictarse *Plessy*, los estadounidenses aún no se habían puesto de acuerdo sobre el contenido de la igualdad que estaban dispuestos a ofrecer a los afroamericanos recién liberados de la esclavitud, y si ésta alcanzaría sólo a los derechos de propiedad y a la capacidad de contratación, así como a su protección ante los Tribunales, o si habría de extenderse también a los derechos al voto, al acceso a cargos públicos y al ejército, y a la participación en los jurados. En lo que había acuerdo era en no extender dicha igualdad a todas las esferas de la vida social y en no aceptar una equiparación entre la nueva situación de los negros y la que hasta ese momento habían disfrutado los blancos, temiendo particularmente todo lo que supusiese mezcla de razas. Con esta distinción entre igualdad civil, igualdad política e igualdad social, se pudo abolir la esclavitud, reconocer la igualdad ante la ley de los afroamericanos, y a la vez mantener y justificar una estructura de dominación por parte de los blancos sobre los recién emancipados esclavos negros que perpetuase la estratificación racial en la sociedad estadounidense.

Ese discurso de la natural no extensión de la igualdad a todas las esferas de la vida social fue el utilizado por los Tribunales americanos para construir desde la sentencia *Plessy* la doctrina *separate but equal* en la interpretación de la *Civil Rights Act* de 1875 (que al final fue declarada inconstitucional por falta de competencia del Congreso según la Decimotercera Enmienda para legislar sobre esta materia), llegando a la conclusión de que lo que esta norma federal prohibía era que se negase el acceso por razones de raza a los servicios en ella contemplados, pero que permitía la segregación siempre que los negros disfrutasen sustancialmente de las mismas facilidades que se brindaban a los blancos. Se reconocía que los negros tenían un igual derecho que los blancos a acceder al transporte público, pero un acceso integrado era algo inaceptable porque amenazaba la diversidad de posición que la abolida institución de la esclavitud había forjado para negros y blancos.

No se podía establecer una similitud, según la Corte, entre el caso planteado en *Plessy* y el resuelto en *Strauder v. West Virginia*, en el que se había de-

clarado inconstitucional la prohibición de acceso de los ciudadanos negros a los jurados en procesos penales (16), dada la diferente naturaleza de las cuestiones en juego en ambos casos (igualdad en la vida política en ésta, igualdad en la vida social en aquella). La igualdad en la vida social es, sencillamente, imposible de promover por medios legales, según el razonamiento de la Corte Suprema en 1896, en la sentencia *Plessy* (17). El Tribunal Supremo rechazó igualmente en *Plessy* que la segregación partiese de una asunción de la inferioridad de los negros respecto a los blancos (si esa inferioridad existía sería, en cualquier caso, una inferioridad social, no susceptible de ser corregida constitucionalmente), y cito literalmente: «si los derechos civiles y políticos de ambas razas son iguales, una no puede ser inferior a la otra civil o políticamente. Si una raza es inferior a la otra socialmente, la Constitución de los Estados Unidos no puede situarlas en el mismo plano».

Toda la doctrina segregacionista originada a partir de la sentencia del caso *Plessy* e implementada mediante las leyes Jim Crow (con especial incidencia en los ámbitos de la educación y el empleo) en los siguientes cincuenta años, empezó a ser desmantelada a partir de la llegada del juez Warren a la presidencia de la Corte Suprema y de la sentencia *Brown I*, de 1954, dictada por unanimidad en un supuesto de segregación en las escuelas (18). Por primera vez se

---

(16) En el caso *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), se declaró la inconstitucionalidad de una ley de ese Estado que autorizaba sólo a los varones blancos ciudadanos del Estado de West Virginia y mayores de veintiún años a ser miembros de los jurados en procesos criminales. La Corte Suprema declaró que «todas las personas, tanto blancas como de color, han de permanecer iguales ante la ley, y, respecto a la raza de color, para cuya protección fue diseñada inicialmente la [Decimocuarta] Enmienda, no puede la ley establecer ninguna discriminación contra ellos por razón de su color» (L. H. TRIBE: *Op. cit.*, 1.ª ed., pág. 1012 —la traducción del inglés es mía—), pero parece claro que sólo se hablaba de igualdad en el ejercicio de determinados derechos de naturaleza política, económica y procesal.

(17) Según *Plessy*, «el debate (...) asume que los prejuicios sociales pueden ser superados a través de la legislación, y que la igualdad de derechos no puede ser garantizada a los negros más que con una mezcla impuesta de las dos razas. No podemos aceptar esta proposición. Si las dos razas han de encontrarse en términos de igualdad social, ello debe ser el resultado de afinidades naturales, de un mutuo aprecio a los méritos de cada uno y del consentimiento voluntario de los individuos», pero no el resultado de una actividad legislativa que fuerce a ello.

(18) Un primer paso para el desmantelamiento de la doctrina *separate but equal* lo constituyó la sentencia *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950), en la que el Tribunal Supremo consideró contraria a la Decimocuarta Enmienda la negativa del Estado de Texas a admitir a los negros en la Facultad estatal de Derecho.

El mismo día en que se dictó *Brown I*, por otra parte, la Corte dictó la sentencia *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 397 (1954), en la que, para poder extender la doctrina antisegregacionista al Distrito de Columbia, que no es un Estado, recurrió a considerar la segregación racial en las escuelas públicas incompatible con la Quinta Enmienda de la Constitución.

reconoció que las políticas de segregación son inherentemente contrarias a la *equal protection clause*, pese a su apariencia igualitaria y simétrica, por el sentimiento de inferioridad que provocan en los miembros del colectivo tradicionalmente desfavorecido y, sobre todo, porque, a pesar de las apariencias, es muy fácil que la calidad de la educación ofrecida a uno y otro colectivo sea desigual, en perjuicio de los niños y las niñas negros, con la merma que ello conllevará en sus aspiraciones vitales, de las cuales la educación es el pilar fundamental, y porque la segregación tiende a perpetuar tanto los estereotipos sobre la inferioridad de determinadas razas como las circunstancias en que tales estereotipos se sustentan. Las políticas legislativas de segregación niegan de raíz el «derecho a ser tratado como un igual» (*right to be treated like an equal*) y con ello la dignidad de las personas afectadas por ellas (19).

---

En opinión de Klarman, cuando la Corte Suprema dictó la sentencia *Brown I* pesó mucho más en su decisión la circunstancia de que el derecho en juego fuese uno de la importancia del derecho a la educación que la cuestión racial de fondo, esto es, que la necesidad de construir un modelo elaborado de respuesta constitucional con el que abordar la problemática de las clasificaciones legales raciales y con el que desmontar la doctrina *separate but equal* (MICHAEL KLARMAN: «An interpretative history of modern equal protection», *Michigan Law Review*, vol. 90, 1991-1992, en especial págs. 226 y sigs.). En poco tiempo, sin embargo, la doctrina *separate but equal* dejó de aceptarse constitucionalmente en otros ámbitos en los que no estaban en juego derechos tan fundamentales como el de la educación, y ello a través de sentencias *per curiam* como la *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955) (en materia de playas); *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955) (clubes de golf); *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956) (autobuses); y *New Orleans City Park Improvement Association v. Detiege*, 358 U.S. 54 (1958) (parques), entre otras, en las que falta un discurso jurídico que complete el de *Brown I* precisamente en esferas en las que no hay en juego derechos fundamentales (sobre el desmantelamiento de la doctrina segregacionista a través de sentencias *per curiam* puede verse XAVIER ARBÓS: «De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 44, mayo-agosto 1995, en especial págs. 268 y sigs.).

(19) Fue Dworkin el primero en distinguir entre dos derechos derivados del principio de igualdad, que tienen un contenido diverso: el «derecho a un igual tratamiento» (*right to equal treatment*) obliga a que todas las personas tengan las mismas posibilidades de lograr la satisfacción de determinados intereses o de determinados derechos considerados como fundamentales. El «derecho a ser tratado como igual» (*right to be treated as an equal*) opera respecto de todos los intereses y obliga a los poderes públicos a tratar a todos los individuos con el mismo respeto y la misma consideración a su dignidad de seres humanos (RONALD DWORKIN: «DeFunis v. Sweatt», en M. COHEN, T. NAGEL y T. SCANLON (eds.): *Op. cit.*, en especial págs. 63 y sigs. (hay versión española: «La discriminación inversa», capítulo IX de RONALD DWORKIN: *Los derechos en serio*, 2.ª ed., trad. por Marta Guastavino, prólogo de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1989, en especial págs. 332 y sigs.). Una serie de argumentos teóricos, con referencias a las tesis utilitaristas, que sirven para rechazar la doctrina *separate but equal* y para apoyar a la vez las medidas de «discriminación inversa» pueden verse en las páginas 338 y siguientes de la versión española.

4. LA DOCTRINA DEL *DISCRIMINATORY PURPOSE*

Hasta ahora se ha aludido a aquellas diferencias de tratamiento normativo que se fundan claramente en el criterio de la raza y a las cuales se aplica el *strict scrutiny test* cuando se trata de valorar si vulneran o no las exigencias de la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda, un test que prácticamente en ningún caso superan. En muchos supuestos, sin embargo, las discriminaciones por razón de raza quedan ocultas bajo normas aparentemente neutras pero que en la práctica (comprobable estadísticamente) perjudican con mucha más intensidad a los miembros de los colectivos tradicionalmente marginados, fundamentalmente al colectivo afroamericano.

Aunque en una primera fase el Tribunal Supremo estadounidense se había mostrado reacio a indagar sobre los motivos que llevaban al legislador a elaborar las normas, desde la década de los sesenta la Corte comenzó a plantearse, cuando una norma estaba formulada en términos aparentemente neutros y con ello en principio igualmente gravosos o beneficiosos para todas las razas, sobre la motivación que podía haber llevado al legislador a dictar tal norma. Si detectaba un ánimo discriminatorio (que, naturalmente, no era evidente; normalmente se manifestaba en un mayor impacto negativo de la medida en cuestión sobre las minorías tradicionalmente discriminadas) trataba el caso como un supuesto de discriminación por razón de raza, lo que normalmente conducía a que la norma fuese declarada no conforme a las exigencias de la Decimocuarta Enmienda (20).

---

(20) Véanse por ejemplo las sentencias de los casos *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339 (1960), en la que la Corte llegó por primera vez a la conclusión de que las acciones aparentemente neutras pero que están ocultamente motivadas por una intención discriminatoria han de ser juzgadas como casos de «discriminación evidente» (en este caso el Gobierno de Alabama decidió redefinir los límites de la ciudad de Tuskegee, cuando en realidad lo que pretendía con ello era privar del derecho al voto en las elecciones locales, dejándolos administrativamente fuera de la ciudad, a los muchos ciudadanos negros que vivían en los barrios a los que afectaba el nuevo trazado de los límites urbanos); *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967), en la que la Corte Suprema Federal invalidó una previsión de la Constitución californiana que prohibía toda injerencia estatal en el derecho de toda persona a negarse a vender o alquilar sus propiedades a cualquier otra, por considerar que aceptar tal previsión supondría autorizar la discriminación racial en el mercado inmobiliario; y *Anderson v. Martin*, 375 U.S. 399 (1964), en la que se consideró inconstitucional una enmienda a la ley electoral del Estado de Louisiana en la que se obligaba a incluir la raza de cada candidato junto a su nombre en las propuestas de candidaturas y en las papeletas electorales, ya que pese a su aparente neutralidad tendría efectos particularmente gravosos sobre los candidatos negros. En estas sentencias estamos más ante casos de «discriminación oculta o encubierta» que de genuina «discriminación indirecta» (*disparate impact*), aunque en ocasiones es difícil diferenciar ambas categorías. La principal diferencia radica en que mientras en la primera lo deci-

En la sentencia del caso *Griggs v. Duke Power Company* (21) la Corte avanzó un paso más, al mostrarse abiertamente partidaria por primera vez de la doctrina del «*disparate impact*» (vendría a equivaler a lo que conocemos en España como discriminación indirecta), al menos en el nivel de la legalidad, declarando que el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 prohíbe también aquellos actos que producen un efecto discriminatorio sobre los grupos protegidos pese a ser en su formulación aparentemente neutros respecto a la raza (22), y no sólo aquéllos que utilizan *intencionadamente* (de forma abierta o de forma oculta) la etnia de un individuo en su perjuicio, que era la tesis que en la década de los sesenta habían defendido hasta los pensadores más progresistas y la propia Corte. Según *Griggs*, si se comprueba el impacto desproporcionado que una medida empresarial tiene sobre un colectivo tradicionalmente discriminado corresponderá al empleador justificar la medida en atención a necesidades empresariales. Y es que, según la opinión unánime de la Corte, al Congreso, al elaborar la *Civil Rights Act*, le preocupaban más los efectos de las prácticas de empleo que la intención de los empleadores. Al desplazar la carga de la prueba se conseguiría que las empresas, para evitar tener que probar tal necesidad justificativa de la medida (prueba generalmente difícil de aportar), pusiesen en marcha a iniciativa propia planes de acción afirmativa que corrigiesen el impacto desproporcionado y les eximiesen de aquella prueba, porque en caso de no poder probar tales necesidades empresariales, quedaban sujetos a responsabilidad frente a los perjudicados por su conducta objetivamente dañosa (23). Los tribunales inferiores extendieron la doctrina de *Griggs* a otras esferas, pero la Corte Suprema se negó a ello.

---

sivo es la presencia, aunque oculta, de un ánimo discriminatorio, en la segunda lo que cuentan son los efectos negativos de ciertas medidas sobre un colectivo determinado, con independencia de si esos efectos eran perseguidos efectivamente por el sujeto activo de la medida o no.

(21) 401 U.S. 424 (1971). Sobre los hechos que condujeron a esta sentencia y su contenido puede verse DAVID BENJAMIN OPPENHEIMER: «Negligent discrimination», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, núm. 3, enero 1993, en especial págs. 920 y sigs.

(22) Se cita literalmente la sentencia: «mientras que la exclusión abierta y declarada de los negros está pasada de moda, el uso de criterios neutros y objetivos que reducen sistemáticamente las oportunidades laborales de los negros está produciendo el mismo resultado. Como esta Corte ha reconocido desde hace tiempo en otros contextos de discriminación racial, tales reglas que son formalmente objetivas y neutras pueden perfectamente ser racialmente discriminatorias en su sustancia y efectos». En los últimos años de la década de los sesenta comenzaron los tribunales norteamericanos a utilizar las estadísticas como prueba de discriminación, en esa época aún junto con la evidencia de que había una intención discriminatoria.

(23) La puesta en marcha de medidas de tratamiento preferente e incluso de sistemas de cuotas por parte del empleador, orientadas a reequilibrar la representación de los diversos grupos en la fuerza de trabajo para evitar tener que pagar fuertes indemnizaciones en caso de evidencia

En la sentencia del caso *Albermale Paper Co. v. Moody* (24) la Corte dijo que si el empleado demandante probaba la existencia de una práctica empresarial de selección con impacto desproporcionado sobre un determinado colectivo étnico y el empleador era capaz a su vez de demostrar la existencia de una necesidad empresarial para justificar su conducta, al empleado aún le quedaba la posibilidad de demostrar que habría otras prácticas empresariales capaces de satisfacer igualmente tal necesidad empresarial sin producir el efecto racial desproporcionado que se denunciaba. En tal caso el empleador quedaría igualmente sujeto a responsabilidad, no por haber actuado con ninguna intención discriminatoria, sino por una especie de negligencia en el cumplimiento de su deber de evitar la discriminación, al no haber adoptado una alternativa no discriminatoria (o menos discriminatoria), pese a que ésta existía. Es lo que se conoce como «test de la selección alternativa» o «test de la alternativa menos discriminatoria».

En 1989, en la sentencia del caso *Wards Cove Packing Co. Inc. v. Attonio* (25) los demandantes habían alegado que la desproporción estadística revelada entre los miembros de minorías que desempeñaban trabajos cualificados y los que desempeñaban trabajos no cualificados en la empresa en cuestión era prueba suficiente para fundamentar una acusación contra la empresa por discriminación. La Corte Suprema, sin embargo, consideró necesario comparar la proporción entre los trabajadores miembros de una minoría racial que desempeñaban el trabajo en cuestión y la proporción de personas de esa minoría que dentro del mercado de trabajo correspondiente tenían la cualificación necesaria para desempeñarlo. Además, desautorizando la doctrina *Griggs* y relajando sus exigencias probatorias para la parte demandada, se redujo la carga del empleador a la hora de justificar los desequilibrios raciales en su plantilla una vez admitido un caso como de presunta discriminación. Para lograr dicha admisión, los demandantes tenían que haber probado qué práctica concreta había producido el efecto discriminatorio. Al empresario, para eximirse de la acusación, por su parte, le bastaba con presentar alguna evidencia (no prueba) de que la práctica en cuestión servía de forma significativa a los legítimos ob-

---

de impacto desproporcionado de ciertas políticas empresariales sobre colectivos protegidos, será visto por la juez O'Connor, años más tarde, en la sentencia del caso *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988), como una medida peligrosa: el uso de tales sistemas «ilegales» o «impropios», en opinión de la juez, de cuotas parece tener más riesgos que ventajas. Para conjurar tales riesgos se endurece en esta sentencia la prueba exigida a los demandantes en supuestos de impacto desproporcionado, aliviando de este modo la posición de los empresarios demandados.

(24) 422 U.S. 405 (1975).

(25) 490 U.S. 644 (1989).

jetivos empresariales por él perseguidos. Incluso si después los demandantes eran capaces de probar la existencia de una alternativa menos discriminatoria, el empresario demandado podía todavía eximirse de responsabilidad comprometiéndose a adoptar dicha alternativa a partir de ese momento.

Está aún por comprobar si en este nivel de legalidad la *Civil Rights Act* de 1991, cuyo tenor literal parece suficientemente claro (26), es capaz de retrotraer la doctrina del *disparate impact* e incluso el test de la alternativa menos discriminatoria a sus justos términos.

En el nivel de constitucionalidad, en la sentencia del caso *Washington v. Davis* (27), dictada apenas cinco años después de *Griggs*, la Corte Suprema, por una mayoría de siete votos frente a dos, declaró (resolviendo un asunto en el que se planteaba la posible vulneración de la *equal protection clause* de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta) que la discriminación racial sólo es inconstitucional si los poderes públicos tienen efectivamente la intención de discriminar por razón de raza, independientemente del impacto negativo desproporcionado que una determinada política aparentemente neutra pueda tener en un colectivo tradicionalmente marginado por su raza (28). La doctrina del *disparate impact* sólo tiene relevancia a nivel constitucional si el impacto negativo desproporcionado es a su vez reflejo de una intención discriminatoria, definida por la Corte del siguiente modo: «la «intención discriminatoria» [dis-

---

(26) «Una práctica empresarial con efectos de impacto desproporcionado se considerará ilícita bajo este subcapítulo sólo si (...) la parte demandante prueba que el demandado utiliza una práctica empresarial concreta que causa un impacto desproporcionado por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional y el demandado no consigue demostrar que la práctica en cuestión está profesionalmente relacionada con la posición que se cuestiona y es acorde con las necesidades empresariales», a lo que se añade además la ausencia de una alternativa menos discriminatoria.

(27) 426 U.S. 229 (1976). A esta sentencia siguieron, en la misma línea, *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977), y *Personnel Administrator v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979) (en un supuesto de discriminación por razón de sexo). Véase también la sentencia *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988), comentada ampliamente por D. B. OPPENHEIMER: *Op. cit.*, págs. 925 y sigs.

(28) Citando literalmente la sentencia, «el propósito fundamental de la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda es la prevención de la conducta oficial que discrimina en función de la raza (...) Pero nuestros argumentos nunca han aceptado la proposición de que una ley u otro acto oficial, sin tener en cuenta si refleja una intención discriminatoria por razón de raza, es inconstitucional simplemente porque tiene un impacto discriminatorio (...) Ha de existir una intención de discriminar». Un estudio crítico detallado de esta sentencia puede verse en DAVID CHANG: «Discriminatory impact, affirmative action, and innocent victims: judicial conservatism or conservative justices?», *Columbia Law Review*, vol. 91, núm. 4, mayo 1991, págs. 790 y sigs. Interesantes comentarios también en M. KLARMAN: *Op. cit.*, en especial págs. 295 y sigs.

*criminatory purpose*] implica más que un propósito entendido como voluntad o como conciencia de las consecuencias. Implica que quien toma la decisión (...) selecciona o reafirma una determinada línea de actuación como mínimo en parte «por», y no simplemente «a pesar de», sus efectos adversos sobre un grupo identificable» (29), correspondiendo a los demandantes la prueba de esa intención discriminatoria.

Muchas prácticas gubernamentales y administrativas que de hecho son discriminatorias son calificadas jurídicamente, de acuerdo con esta doctrina, como racial o sexualmente neutras dada la dificultad de la prueba. Hay que tener en cuenta además que está demostrado a través de diversos estudios psicológicos y sociológicos que los americanos blancos (los seres humanos, en general) son inconscientemente racistas, y que si bien inhiben conscientemente cualquier expresión de actitudes racistas, éstas se manifiestan inconscientemente en sus juicios, valoraciones y actuaciones. Ello hace prácticamente imposible probar la intención discriminatoria tal y como ha sido definida (30), porque en la mayoría de las ocasiones tal intención ni siquiera existirá, y hará que se acepten como legales prácticas que son efectivamente discriminatorias aunque no siempre sean fruto de una decisión consciente: «si los blancos encargados de tomar decisiones en materia de empleo han interiorizado estereotipos negativos acerca de los afroamericanos, como sugieren los datos experimentales, los estereotipos se reflejarán en sus decisiones, incluso si no tienen el deseo, la motivación o la intención de tratar a los afroamericanos de forma diferente. Esta discriminación inconsciente, si prevalece, tendrá sustanciales consecuencias legales y sociales» (31). Por otra parte, estos prejuicios tan

---

(29) Sentencia *Personnel Administrator v. Feeney*, 442 U.S. 256, 279 (1979) (la traducción del inglés es mía).

(30) Véase R. SIEGEL: *Op. cit.*, pág. 1137. También se refieren a este persistente racismo interiorizado D. B. OPPENHEIMER: *Op. cit.*, págs. 899 y sigs., y ALAN FREEMAN: «Antidiscrimination law: the view from 1989», *Tulane Law Review*, vol. 64-II, núm. 6, junio 1990, pág. 1434, que envía a RICHARD DELGADO: «Words that wound: a tort action for racial insults, epithets and name-calling», *Harvard C.R.-C.L. Law Review*, núm. 17, 1982, pág. 133, y a CHARLES R. III LAWRENCE: «The *Id*, the *Ego*, and equal protection: reckoning with unconscious racism», *Stanford Law Review*, núm. 39, 1987, págs. 317 y sigs., autor que se apoya en los análisis de las escuelas freudiana y cognitiva de psicología para describir y explicar el fenómeno del racismo inconsciente.

(31) D. B. OPPENHEIMER: Pág. 902 (la traducción del inglés es mía). El caso es que si bien un comportamiento abiertamente racista o una decisión conscientemente motivada por prejuicios raciales puede merecer en principio un mayor rechazo desde una perspectiva ética que el que viene provocado por actitudes racistas de las que el sujeto activo no es consciente, lo cierto es que el daño económico o profesional que se causa a la víctima es el mismo en ambos casos (*ibidem*, pág. 916).

arraigados crean a su vez un círculo vicioso que perpetúa la discriminación racial y sus efectos: «la persistencia de estereotipos raciales en las mentes de los blancos [sirve] para perpetuar la pobreza y la impotencia de los negros, mientras que la realidad de su pobreza e impotencia [sirve] para reforzar los estereotipos (...) Si los blancos dejasen que actuase la mejor de sus naturalezas, dejarían de considerar a los negros a través de lentes estereotípicas, lo que a su vez abriría a los negros nuevas posibilidades políticas y económicas, lo que a su vez pondría de manifiesto la falsedad de los estereotipos raciales, y así sucesivamente» (32).

Con esta doctrina de la intención discriminatoria de los poderes públicos, la Corte (33), en opinión de Siegel, ha encontrado una vía por la que reducir el número de normas y actos susceptibles de ser declarados contrarios a la *equal protection clause* y, a la vez, por la que permitir a los Estados perpetuar y agravar la estratificación racial (y también de género) dentro de la sociedad americana: sólo las acciones estatales basadas en la raza (o en el sexo) movidas por una intención discriminatoria son contrarias a la Constitución. Si se apoyan en criterios neutros y falta la motivación discriminatoria son acordes con la *equal protection clause*, incluso aunque se constate el impacto negativo desproporcionado de la medida sobre un colectivo tradicionalmente marginado como el afroamericano o como las mujeres (34).

---

(32) A. FREEMAN: *Op. cit.*, pág. 1434, que envía a GUNNAR MYRDAL: *An American dilemma*, 1944, pág. 75 (la traducción del inglés es mía). Un interesante y completo estudio sobre cómo funcionan y, sobre todo, qué valoración moral merecen y qué reflejo jurídico tienen los mecanismos psicológicos que llevan a los seres humanos a sentir afinidad o aversión hacia otros congéneres puede verse en LARRY ALEXANDER: «What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, noviembre 1992, págs. 149 y sigs.

(33) La Corte había desautorizado además en *Davis* la extensión que los tribunales inferiores habían hecho de la doctrina *Griggs* a otros ámbitos, y había rebajado, como hemos visto que lo haría de nuevo en sentencias posteriores, el nivel de exigencia de la prueba impuesta al demandado, poder público o empresario privado, para justificar medidas que tuviesen un impacto negativo desproporcionado sobre ciertos colectivos.

(34) R. SIEGEL: *Op. cit.*, en especial págs. 1129 y sigs. La autora conecta también este fenómeno con el simultáneo endurecimiento del test al que la Corte Suprema somete a las medidas de acción afirmativa en favor de minorías étnicas. Ambas actitudes judiciales favorecen los intereses del colectivo dominante (*ibidem*, pág. 1141). En esta línea se orientan también las reflexiones de DONALD E. LIVELY: «The Supreme Court and affirmative action: whose classification is suspect?», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 17, primavera 1990, págs. 483 y sigs. Pueden verse además al respecto los amargos comentarios de A. FREEMAN: *Op. cit.*, págs. 1407 y sigs.: la sociedad americana, en vez de asumir la perspectiva de la «víctima», tiene asumida, en materia de discriminación racial, la perspectiva del «responsable», de tal modo que no es posible hallar violaciones del Derecho antidiscriminatorio en las condiciones sociales objetivas, «sino

## 5. LOS ORÍGENES DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA Y SU EVOLUCIÓN

La expresión «acción afirmativa» (*affirmative action*) apareció por primera vez en Estados Unidos, en materia de Derecho laboral, en la *National Labor Relations Act* (Ley Nacional de Relaciones Laborales) de 1935, haciendo referencia en esta norma a la obligación que asumía el empresario que había sido hallado culpable de discriminar a quienes de entre sus empleados pertenecían a sindicatos, de colocar a las *víctimas individualizadas* de tales actos discriminatorios en el puesto que ocuparían si la discriminación no se hubiese producido.

En el ámbito de la cuestión racial (35), la aproximación a la corrección de los fenómenos de discriminación que se hizo desde la Administración estadounidense durante las décadas de los cuarenta y cincuenta fue del tipo *color blind*, como se coincide en denominarla, esto es, no se daba un tratamiento diferenciado a nadie por su raza, y además los organismos gubernamentales que se crearon carecieron durante mucho tiempo de medios eficaces de actuación. En 1941 el presidente Franklin D. Roosevelt prohibió, a través de la *Executive*

---

sólo en las acciones de autores identificables que han causado, a propósito y de forma intencionada, un daño a víctimas identificables a quienes se les ofrecerá un remedio compensatorio. Para la perspectiva del «responsable» es clave el principio de la culpa individual (o a veces institucional). Todo lo que tenemos que hacer es identificar y atrapar a los villanos; haciendo eso podemos, con confianza, localizar la responsabilidad en donde corresponde. Un corolario de este principio de culpa es que aquéllos que no son autores responsables según las doctrinas legales aplicables, tienen todos los motivos para creer en su propia inocencia y no implicarse en el problema» (*ibidem*, pág. 1412). Véase también el magnífico trabajo de MARÍA ÁNGELES BARRÈRE UNZUETA: «Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto 2001, págs. 145 y sigs., que explica cómo el Derecho se centra en los fenómenos de discriminación, pero ignora los fenómenos estructurales de subordinación (no imputables a nadie en concreto, pero no carentes de causa), de los cuales la discriminación es sólo una de sus manifestaciones.

En la línea de la Corte Suprema, esto es, de que el respeto al principio antidiscriminatorio y a la igualdad de oportunidades no conduce necesariamente a una representación proporcional de los distintos colectivos en los diversos ámbitos de la vida social puede verse el planteamiento de MORRIS B. ABRAM: «Affirmative action: fair shakers and social engineers», *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, págs. 1312 y sigs.

(35) Sigo en este punto básicamente la monografía de JOHN DAVID SKRENTNY: *The ironies of affirmative action: politics, culture, and justice in America*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1996, en especial págs. 6 y sigs., y 113 y sigs., y a MATTHIAS DÖRING: *Frauenquoten und Verfassungsrecht (die Rechtmäßigkeit «umgekehrter Diskriminierung» nach US-amerikanischen Verfassungsrecht und ihre Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Frauenquoten auf dem Arbeitsmarkt der deutschen Privatwirtschaft)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996 (Schriften zum öffentlichen Recht, Band 694), págs. 17 y sigs.

*Order* número 8802, la discriminación por razón de raza, creencias, color de la piel u origen nacional en la Administración y en las industrias norteamericanas de defensa que contrataban con el Gobierno (36). A través de esta orden se creó un comité de cinco personas, el *Fair Employment Practice Committee* (Comité de Prácticas Justas de Empleo, en adelante FEPC), que desde una actitud *color blind* trataba de controlar el cumplimiento de dicha normativa discriminatoria, pero que carecía de poderes efectivos de actuación, pues su actividad se basaba en la persuasión moral y en el uso de la conciliación entre las partes. En 1943 la *Executive Order* número 9346 amplió el número de miembros de este comité a siete, pero sin modificar los medios de actuación con los que contaba, y extendió el ámbito de aplicación de la norma de 1941 a todas las empresas que contratasen con el Gobierno federal. Tras el final de la Segunda Guerra Mundial el FEPC fue disuelto.

En 1948 el presidente Harry S. Truman creó a través de la *Executive Order* número 9980 la *Fair Employment Board* (Junta de Empleo Justo) dentro de la *Civil Service Commission*, para garantizar la igualdad de oportunidades en el seno de la Administración, y en 1951 creó con la *Executive Order* número 10308 el *Committee on Government Contract Compliance* (Comité encargado de examinar la Conformidad de los Contratos Gubernamentales), que se encargaba de revisar los problemas de discriminación que se daban en las empresas que contrataban con la Administración. Este comité elaboró un informe en materia de discriminación que impulsó la aprobación de la *Executive Order* número 10749 del presidente Dwight D. Eisenhower, a través de la cual se creó el *President's Committee on Government Contracts* (Comité Presidencial sobre Contratos Gubernamentales), formado por quince personas, presidido por el entonces vicepresidente del Gobierno, Richard M. Nixon, y cuyos medios de actuación carecían también de efectividad, pues se limitaban a labores de investigación y asesoramiento.

En 1961 las cosas comenzaron a cambiar. La *Executive Order* número 10925 del presidente John F. Kennedy, en la que vuelve a aparecer la expresión *affirmative action*, ya en materia de derechos civiles, creó el *President's Committee on Equal Employment Opportunity* (Comité Presidencial sobre la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, en adelante PCEEO), encargado de supervisar que las empresas que contrataban con el Gobierno federal no discriminaban. A la vez se le autorizaba a poner en práctica medidas no precisadas «de acción

---

(36) En plena Guerra Mundial la razón de ser que justificaba esta prohibición de discriminación era puramente pragmática: se basaba en la necesidad de que todas las empresas al servicio de la maquinaria de guerra hiciesen uso de todo el potencial humano disponible; las discriminaciones por razón de raza perjudicaban la buena marcha del conflicto bélico.

afirmativa» para garantizar que en el proceso de selección de empleados estas empresas no tomaban en consideración la raza, las creencias, el color de la piel o el origen nacional de los candidatos (37). El PCEEO tenía además la facultad de imponer sanciones a las empresas investigadas que practicasen políticas de discriminación, aunque nunca hizo uso de ella.

En 1964 se promulgó una nueva *Civil Rights Act*, que en su Título VII, aplicable a todos los empresarios (no sólo a los que contrataban con el Gobierno) y particulares, declaraba que «se considerará como práctica laboral ilegal el que un empleador (...) suspenda o rechace el contratar o despida a un individuo (...) por razón de su raza, color de la piel, religión, sexo u origen nacional», añadiendo por primera vez el sexo a la lista de los criterios prohibidos, aunque inicialmente, hasta la reforma de 1972, sólo en el ámbito del empleo (38). Se creó a través de esta ley la *Equal Employment Opportunity Commission* (Comisión sobre Igualdad de Oportunidades en el Empleo, en adelante EEOC), una agencia federal cuya misión era controlar el cumplimiento de las disposiciones antidiscriminatorias del Título VII (39), pudiendo igualmente

---

(37) En realidad originariamente, durante los Gobiernos de Kennedy y Johnson, el término «acción afirmativa» quería decir que las empresas habían de poner en marcha diversas medidas para garantizar una mayor presencia de miembros de minorías entre los candidatos a un empleo, aunque las decisiones a la hora de contratar y ascender a personas concretas seguirían basándose en el criterio tradicional del mérito (HUGH DAVIS GRAHAM: «The origins of affirmative action: civil rights and the regulatory State», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 523, septiembre 1992, pág. 54).

(38) La prohibición de discriminar por razón de discapacidad física o mental se incorporó con carácter general a través de la *American with Disabilities Act* (Ley de Americanos con Discapacidades) de 1990. Anteriormente tal prohibición alcanzaba sólo a los órganos administrativos federales y a las empresas privadas que recibían financiación federal.

En la normativa norteamericana, la prohibición de discriminación por ciertos rasgos alcanza, en las relaciones entre particulares, a los ámbitos donde los derechos morales de quienes manifiestan una preferencia personal en favor de un sujeto u otro pueden verse menos afectados. Por ejemplo, en ámbitos donde puedan existir relaciones personales estrechas entre quien contrata o presta el servicio y la persona elegida no se prohíbe la discriminación (lo cual no indica nada acerca de su consideración moral). Es lo que ocurre por ejemplo en empresas pequeñas (el Título VII se aplicaba inicialmente a empresas de más de veinticinco trabajadores, aunque desde la reforma introducida por la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 se rebajó esta cifra a quince trabajadores, ampliándose así el ámbito de aplicación de la norma) o lo que ocurre respecto a personas que dan en alquiler un apartamento o una habitación. Tampoco está prohibido discriminar en la esfera de las relaciones personales (por ejemplo, a la hora de elegir pareja). Véase L. ALEXANDER: *Op. cit.*, en especial págs. 203 y sigs.

(39) La EEOC podía recibir y tramitar quejas individuales de discriminación por razón de raza, color de la piel, religión, sexo u origen nacional, y podía promover conciliaciones entre quienes presentaban las quejas y los empleadores y sindicatos señalados en ellas. Igualmente podía emitir informes, recomendaciones, encargar estudios, etc., pero no podía llevar ante los Tri-

promover entre los empresarios y los sindicatos la adopción de programas voluntarios de acción afirmativa orientados a hacer efectiva la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo, pero en el sentido que se indicaba anteriormente; nadie tenía en mente en esos momentos la adopción de medidas de tratamiento preferente en favor de los miembros de determinadas razas. De hecho nada obligaba a las empresas, y así se decía expresamente, a tener en cuenta la proporción de trabajadores de una y otra raza o a lograr un equilibrio racial en su plantilla (40). El § 706 (g) de la ley, por su parte, autorizaba a los tribunales a imponer la adopción de medidas de acción afirmativa a los empresarios que hubiesen desarrollado intencionadamente prácticas laborales discriminatorias, mientras que el Título VI prohibía absolutamente la realización de prácticas discriminatorias en el marco de programas financiados por el Gobierno federal. En materia de educación, el Título IV de la *Civil Rights Act* de 1964 proclamó el principio de neutralidad racial, que entre otras cosas prohibía acabar con la segregación racial en las escuelas por la vía de repartir a los estudiantes en función de su raza entre las escuelas públicas a efectos de superar el desequilibrio racial. La *Voting Rights Act* (Ley de Derechos Electorales) de 1965 y la *Fair Housing Act* (Ley de Provisión Justa de Viviendas) de 1968 completaron en dos ámbitos específicos, el electoral y el de la vivienda, los esfuerzos antidiscriminatorios de la *Civil Rights Act*.

La *Executive Order* número 11246, de 1965, del presidente Lyndon Johnson, volvió a hacer uso de la expresión «acción afirmativa», al obligar a las empresas que celebrasen contratos con el Gobierno federal por más de cincuenta mil dólares (y también a las empresas subcontratadas) a no discriminar y a «adoptar medidas de acción afirmativa para asegurar que los solicitantes

---

bunales a los agentes que llevaban a cabo prácticas discriminatorias (H. DAVIS GRAHAM: *Op. cit.*, pág. 55). Inicialmente actuaba sólo a nivel de Administración federal, pero en 1972, a través de la *Equal Employment Opportunity Act*, que modificó el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, se extendió también su jurisdicción a los ámbitos estatal y local, y se la dotó de poderes ejecutivos, permitiéndole entablar acciones civiles.

(40) § 703 (j): «*Nada de lo dispuesto en este Título debe ser interpretado como exigencia en ningún empleo (...) de conceder a ningún individuo o grupo un tratamiento preferente por razón del 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 (...) o entre la fuerza de trabajo disponible en cualquier comunidad*» (la traducción del inglés es mía). Los tribunales, pese a su tenor literal, han interpretado esta sección no como estrictamente prohibitiva de las acciones positivas, sino en el sentido de que permite las mismas pero sin imponerlas (FERNANDO REY MARTÍNEZ: «La «*affirmative action*» norteamericana en retroceso», ponencia presentada con ocasión del XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional, celebrado en Alicante en abril de 1999, pág. 2, nota 4).

son empleados y que los trabajadores son tratados durante la relación laboral sin consideración de raza, credo, color u origen nacional» (41), obligación que alcanzaba a todos los sectores de la Administración. Había un deseo de fomentar la contratación y la capacitación de las minorías.

Esta *Executive Order* creó otra agencia federal, la *Office of Federal Contract Compliance* (Oficina encargada de examinar la Conformidad de los Contratos Federales, en adelante OFCC), con la misión de promover el cumplimiento del contenido de la orden y de los Títulos VI y VII de la *Civil Rights Act* entre las empresas que contrataban con el Gobierno federal, so pena de ver resuelto el contrato si la empresa no respetaba la prohibición de discriminación. El primer gran programa de genuina acción afirmativa que se puso en marcha, a finales de los años sesenta, el llamado «Plan Philadelphia», fue tan duramente atacado que quedó gravemente herido, si bien con la llegada de Nixon al poder consiguió resucitar (42). En 1970 la *Labor Department Order No. 4* exigió, entre otras cosas, a todas las empresas que contratasen con la Administración federal, so pena de anulación de contrato, que presentasen por escrito programas de acción afirmativa según el modelo del Plan Philadelphia, esto es, propuestas de *objetivos numéricos (goals)* con los que se pretendiese

---

(41) La traducción del inglés es mía. El sexo como criterio prohibido de discriminación se incluyó en 1967 en una nueva *Executive Order*, la número 11347, para extender la protección a este nivel a los mismos grupos que habían quedado protegidos por la *Civil Rights Act* de 1964. Insisto en que el sentido original del término «acción afirmativa» no coincide con el que se le atribuye actualmente: lo que se pretendía era solamente eliminar las 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 o ascensos (M. B. ABRAM: *Op. cit.*, pág. 1318), y de esta manera incrementar las oportunidades profesionales de las mujeres y los miembros de las minorías.

(42) Sobre los avatares del «Plan Philadelphia», un programa que básicamente lo que prevenía era la contratación de una proporción mínima de afroamericanos en las empresas dedicadas a la construcción que trabajaban para el Gobierno en el Estado de Pennsylvania, pueden verse J. D. SKRENTNY: *Op. cit.*, págs. 165 y sigs.; H. DAVIS GRAHAM: *Op. cit.*, en especial págs. 56 y sigs.; y DANIEL A. FARBER y PHILIP P. FRICKEY: «Is *Carolene Products* dead? Reflections on affirmative action and the dynamics of civil rights legislation», *California Law Review*, vol. 79, núm. 3, mayo 1991, en especial págs. 711 y sigs. Sobre la actividad de la OFCC me remito a DAVID C. ANKENY: «Creating the statistical portion of an affirmative action plan», *Tulane Law Review*, vol. 65, núm. 5, mayo 1991, en especial págs. 1185 y sigs. También Nixon puso en marcha programas para reforzar el número de contrataciones por parte de las agencias federales con empresas propiedad de minorías (Carter diseñó en 1979 un programa similar para apoyar la contratación con empresas propiedad de mujeres). Bajo el Gobierno de Nixon se presentó asimismo el «Memorandum-Permissible Goals and Timetables in State and Local Government Employment Practices» (1973) que diferenciaba entre lo que eran objetivos numéricos aceptables y sistemas inadmisibles de cuotas.

igualar la proporción de trabajadores miembros de minorías en tales empresas con la proporción, en la fuerza de trabajo local, de miembros de tales minorías poseedores de la capacitación requerida (43). Es decir, a la obligación de no discriminar se añadió para los empleadores la obligación de poner en marcha esfuerzos para contratar y ascender a miembros de colectivos tradicionalmente marginados, incluso aunque el propio empleador no hubiese llevado a cabo conductas discriminatorias o de exclusión en el pasado. En ningún caso se les obligaba jurídicamente, sin embargo, a lograr cierto nivel de resultados, sino que simplemente se les exigía perseguir de buena fe la satisfacción de aquellos objetivos numéricos.

\* \* \*

Lo que motivó la puesta en marcha de todas estas medidas antidiscriminatorias fue, desde el punto de vista jurídico, el cambio de jurisprudencia en la Corte Suprema americana, que en la década de los cincuenta había comenzado a desmontar, como veíamos, la doctrina *separate but equal* y a imponer la adopción de medidas antisegregacionistas. En la sentencia *Brown v. Board of Education II* (44) la Corte Suprema dejó en manos de los tribunales inferiores de los que procedían los recursos, el control de la transición hacia un sistema educativo no discriminatorio por razón de raza y de las medidas puestas en marcha para lograrlo. En el Sur, sin embargo, como era de esperar, se produjo una violenta resistencia que generó notables retrasos en la implantación de un sistema escolar no segregacionista (45) según las líneas diseñadas en un programa que había recibido confirmación judicial, lo que obligó al Tribunal Supremo a intervenir para intentar acelerar el proceso, sin aceptar la resistencia violenta como excusa para tales dilaciones. En *Green v. New Kent County School Board* (46) la Corte Suprema Federal rechazó un plan del condado de New Kent basado en la libertad de los alumnos y de sus padres para elegir a qué escuela deseaban asistir, porque en tres años de aplicación no había producido ningún efecto desegregacionista: algunos negros iban a escuelas de mayo-

---

(43) En 1971 la citada *Order No. 4* fue modificada para incluir también a las mujeres.

(44) 349 U.S. 294 (1955).

(45) Véanse por ejemplo los datos que aporta LAURA C. SCANLAN: «Hopwood v. Texas: a backward look at affirmative action in education», *New York University Law Review*, vol. 71, núm. 6, diciembre 1996, en especial págs. 1594 y sigs., sobre la historia de la discriminación educativa en el Estado de Texas. Según la autora, la segregación *de facto* perdura aún hoy, y las autoridades mantienen escuelas públicas de inferior calidad en los distritos poblados en mayor medida por minorías.

(46) 391 U.S. 430 (1968).

ría blanca, pero la mayoría de los negros permanecían en escuelas de mayoría negra, y ningún blanco iba a escuelas de mayoría negra. Era necesario, y así lo dijo la Corte, poner en marcha remedios que favoreciesen *efectivamente* en ese momento la integración.

Hay que hacer una precisión en este punto, siguiendo a Fiss (47), para comprender mejor la historia de la desegregación escolar en Estados Unidos. Una cosa son las políticas segregacionistas (que este autor denomina de «asignación escolar en función de la raza» —*racial assignment*—), que implican la acción de separar a los niños entre escuelas en atención a su raza, y otra el fenómeno de la segregación escolar, esto es, el hecho de que haya escuelas cuyos alumnos sean todos o casi todos blancos y otras en las que los alumnos sean todos o casi todos negros, porque este fenómeno, este resultado, puede tener su origen en causas diversas, no sólo en políticas activas de segregación. ¿La segregación escolar es en sí contraria a la Constitución, independientemente de las circunstancias que la hayan motivado? Es esta pregunta la que iba a condicionar el razonamiento jurisprudencial a partir de ese momento (48).

En los primeros años de la década de los setenta, concretamente desde la sentencia *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (49), comenzó la Corte Suprema a definir las líneas a través de las cuales podrían llegar a lograrse los efectos de corrección de la segregación, que se venían promoviendo desde 1954, porque mantenerse al margen de la cuestión durante más tiempo podría llegar a afectar a su credibilidad. En esta sentencia declaró que utilizar la raza como criterio de asignación de alumnos a una escuela o a otra no era contrario a la Constitución siempre que lo que se persiguiese fuese la integración (sí lo sería si con la asignación racial se reforzase la segregación). Partiendo de que los datos estadísticos sobre proporción de razas en una escuela determinada o en un distrito concreto pueden servir como referencia a la hora de poner en marcha un programa desegregacionista, la existencia de escuelas con alumnos de una sola raza o con una proporción extremadamente baja de alumnos negros resultaría particularmente sospechosa y reclamaría un control más estricto de la actividad llevada a cabo hasta ese momento por las autoridades.

(47) OWEN M. FISS: «School desegregation: the uncertain path of the law», en M. COHEN, T. NAGEL, y T. SCANLON (eds.): *Op. cit.*, en especial págs. 167 y sigs.

(48) *En principio parece que, entre otras consecuencias negativas, la segregación escolar, al margen de las causas que la hayan provocado, puede, por ejemplo, restar a los miembros de minorías que asisten a escuelas donde no hay apenas miembros del grupo dominante posibilidades de entrar en contacto con personas de este grupo, con las desventajas económicas o sociales que ello puede llevar aparejadas en el futuro.*

(49) 402 U.S. 1 (1971).

des educativas encargadas de acabar con la segregación en las escuelas. En los casos decididos por esta sentencia el criterio de asignación había sido el de la residencia (los alumnos eran asignados a las escuelas más próximas a sus domicilios). Pero el criterio no producía en la práctica ningún resultado desegregacionista. Para saber por qué, hay que mirar al pasado: en el pasado las autoridades escolares habían asignado a los alumnos a las escuelas en función de su raza, con el resultado de la existencia de escuelas «blancas» y de escuelas «negras», en torno a las cuales se fueron agrupando muchas familias decididas a tener su domicilio cerca de la escuela que correspondía a sus hijos en función de su raza. Por eso, cuando dejó de asignarse a los alumnos en función de su raza pero pasaron a asignarse en función del domicilio, el resultado siguió siendo el de escuelas racialmente muy homogéneas. El resultado segregacionista tenía su origen mediato en una actuación discriminatoria pasada de las autoridades escolares.

En la sentencia *Keyes v. School District No. 1* (50) se continuó profundizando en esta línea. La Corte Suprema consideró que sólo aquella situación de segregación escolar que tuviese su origen en una actuación intencionadamente segregacionista (presente o pasada) de las autoridades escolares era contraria a la *equal protection clause*, mientras que una simple segregación *de facto* sin ese origen intencional no vulneraba la Decimocuarta Enmienda, algo a lo que se opuso abiertamente el juez Powell en una *dissenting opinion*. De todos modos, la Corte en esta sentencia construyó dos presunciones que matizaron su inicial aceptación de la tesis de que sólo la segregación *de iure* vulneraba la *equal protection clause*: primero, decisiones pasadas relativas a la ubicación y al tamaño de una escuela pueden presumiblemente afectar a la composición racial de otras escuelas cercanas, e incluso se podría aplicar esta presunción en el nivel de distrito (la conducta pasada significativamente segregacionista en una sección de un distrito escolar puede presumiblemente haber producido efectos segregacionistas en otras secciones); segundo, todo ello puede presumiblemente revelar una actividad ilícita similar de las autoridades escolares en otras partes del distrito (51). Las presunciones resultaron imposibles de destruir en la mayoría de los casos.

En 1974 entró en vigor la *Equal Educational Opportunities Act*, que recomendó la utilización de métodos desegregacionistas menos agresivos que el transporte de estudiantes (negros o blancos) a escuelas alejadas de su lugar de residencia a efectos de lograr un determinado equilibrio racial en ellas, porque este método, que en algunos casos podía comportar horas de camino de casa a

---

(50) 413 U.S. 189 (1973).

(51) Véanse M. KLARMAN: *Op. cit.*, págs. 299 y sigs.; y O. M. FISS: «School desegregation...», *cit.*, en especial págs. 171 y sigs.

la escuela y a la inversa, podía incidir negativamente en el rendimiento escolar de los niños, con lo cual el equilibrio racial se lograba pero a costa de un perjuicio educativo.

A partir de la sentencia *Miliken v. Bradley* (52) los jueces conservadores recién incorporados empezaron a imponer sus tesis en favor de considerar inconstitucional sólo la segregación *de iure*, relajando simultáneamente los niveles de exigencia a la hora de valorar los comportamientos de las autoridades escolares. En esa sentencia la Corte prohibió utilizar medidas antisegregacionistas en una escala territorial superior a aquélla en la que se hubiese producido la segregación, incluso aunque en opinión del tribunal inferior que hubiese decidido hacerlo así ello fuese imprescindible para lograr de verdad el efecto desegregacionista que se perseguía (en concreto se prohibía utilizar la técnica de transporte de alumnos en un ámbito superior al del distrito escolar; el transporte entre distritos sólo se autorizaba si se había considerado ilícita la segregación en un nivel superior al de distrito). En *Pasadena City Board of Education v. Spangler* (53) la Corte consideró que si la autoridad escolar ya había puesto en práctica un programa desegregacionista impuesto por un órgano judicial no se le podía obligar a rediseñar cada año las líneas de ese programa en respuesta a cambios en la estructura de la población.

\* \* \*

Es cierto que las políticas desegregacionistas en el ámbito escolar influyeron en la puesta en marcha de medidas de tratamiento preferente en favor de los negros en otros ámbitos de la vida social. Sin embargo, ambos tipos de medidas no se pueden equiparar por una razón: mientras que en el ámbito educativo a nivel escolar existe un derecho a la educación, un derecho de cada niño a tener una plaza en una escuela (y si no es en una, será en otra), en aquellos ámbitos en los que se ponen en práctica las medidas de «discriminación inversa» lo determinante son los elementos de escasez e indivisibilidad que hacen por una parte a esos bienes particularmente deseables, y por otra que si se conceden a una persona sea imposible concederlos a otra, siempre partiendo de la base de que no hay un derecho a alcanzar tales bienes, sino a lo sumo, un derecho a gozar de las mismas oportunidades en el acceso a los mismos (54). Es

---

(52) 418 U.S. 717 (1974).

(53) 427 U.S. 424 (1976).

(54) El elemento clave de la escasez lo destaca O. M. Fiss: «School desegregation...», *cit.*, pág. 160. Véase más ampliamente sobre las medidas de «discriminación inversa» mi trabajo *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003, en especial págs. 29 y sigs.

por ello que utilizar en la concesión de empleos, ascensos o plazas universitarias en Facultades con *numerus clausus* un criterio como la raza resulta particularmente problemático, porque necesariamente hay que privar a otra persona que no tiene la raza «adecuada» del bien que se concede a otra en atención a su etnia. En las escuelas donde se pusieron en práctica políticas desegregacionistas basadas en la raza los problemas fueron otros, pero nadie quedó por motivos de raza privado de un puesto escolar. Por lo pronto parece claro que no había dudas sobre la constitucionalidad del objetivo de la integración perseguido por aquellas políticas y sobre la adecuación del medio empleado para alcanzar el fin perseguido, algo que no es ni mucho menos pacífico respecto a las medidas de «discriminación inversa» puestas en marcha en otros ámbitos. En ambos supuestos de acción afirmativa sí que hay coincidencia en la circunstancia de que la raza no afecta ni consciente ni inconscientemente de forma negativa a la dignidad de los preteridos, que además no constituyen necesariamente un grupo definido.

Desde el punto de vista sociopolítico el detonante para la puesta en marcha de medidas de acción afirmativa en favor de los afroamericanos y de otras minorías raciales fueron los graves disturbios raciales que se produjeron entre 1965 y 1968, motivados inicialmente por el incumplimiento por parte de los Estados sureños de los programas que pretendían poner fin a la segregación en las escuelas pero que acabaron extendiéndose a todo el territorio norteamericano, en protesta por la discriminación racial y las condiciones de miseria en que vivía la mayoría de la población negra, especialmente en las grandes ciudades (55). Si los disturbios raciales no se hubiesen producido o no hubiesen alcanzado la intensidad y el grado de violencia que alcanzaron, el Gobierno es-

---

(55) Una referencia detallada a las causas, el desarrollo y los efectos de estos disturbios raciales (*riots*) puede verse en J. D. SKRENTNY: *Op. cit.*, en especial págs. 67 y sigs. Algunos datos que indican contra qué se rebelaron los afroamericanos los pone de manifiesto el juez Marshall en su *dissenting opinion* a la sentencia *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978): a finales de los años setenta (en los años sesenta la situación era similar) la esperanza de vida de un niño blanco era cinco años superior a la de un niño negro; una madre negra tenía tres veces más probabilidades de morir por complicaciones derivadas del parto que una madre blanca; el índice de mortalidad infantil entre los negros era el doble que el de los blancos; los ingresos medios de una familia negra eran del 60 por 100 respecto a los ingresos medios de una familia blanca; el porcentaje de negros que vivían en familias con ingresos por debajo del límite de pobreza era cuatro veces superior al de los blancos; la tasa de desempleo entre los negros era el doble que entre los blancos, y entre los jóvenes menores de veinte años, tres veces superior. Datos similares pero más actualizados los aporta GERALD S. JANOFF: «*Adarand Constructors, Inc. v. Peña: the Supreme Court to decide the fate of affirmative action*», *Tulane Law Review*, vol. 69, núm. 4, marzo 1995, en especial pág. 998. A estas movilizaciones pronto se unieron otras minorías raciales tradicionalmente marginadas.

tadounidense nunca habría puesto en marcha, muy probablemente, medidas que tomasen en consideración la raza de sus destinatarios como medio para corregir los desequilibrios raciales sobre todo en materia de empleo, pues medidas de tal naturaleza (*race conscious*) no habían sido hasta ese momento valoradas como legítimas, sobre todo porque habían sido siempre consideradas contrarias al criterio del «mérito» que era el que hasta entonces había regido (al menos teóricamente) el reparto de bienes escasos y fundamentalmente el acceso a los puestos de trabajo.

En una primera etapa, los defensores de este tipo de medidas *race conscious* tuvieron que hacer grandes esfuerzos para legitimarlas. Se procuró, por ejemplo, dotarlas de una legitimidad histórica, tratando de poner de manifiesto su coherencia con valores e ideales tradicionales americanos y con los objetivos iniciales del movimiento en favor de los derechos civiles. Los tribunales desempeñaron un papel fundamental en esta labor, pues hallaron precedentes (en forma de tradiciones) sobre los que construir la base jurídica y legitimar las medidas de acción afirmativa (56). El recuerdo de lo que había supuesto el auge del nazismo en Europa pocos años atrás, expresión extrema de la brutalidad de la discriminación racial, hizo asimismo que los Estados Unidos desearan asumir a los ojos del mundo el papel de defensores de las minorías oprimidas, en un intento por reforzar su liderazgo mundial (57).

La jurisprudencia ya comentada de la Corte Suprema relativa al *disparate impact* también contribuyó en los primeros momentos a la difusión y puesta en práctica de las medidas de acción afirmativa en favor de las minorías raciales discriminadas. Una vez que la doctrina del *disparate impact* arraigó en los tribunales estadounidenses, los empresarios y los sindicatos llegaron a la conclusión de que si el número de empleados miembros de minorías raciales en su empresa era desproporcionadamente bajo podían verse envueltos en costosas batallas legales ante los tribunales, por lo que la implantación de

(56) J. D. SKRENTNY: *Op. cit.*, págs. 145-146.

(57) Véase, por ejemplo, el discurso que el presidente Kennedy dirigió al Congreso el 28 de febrero de 1963, en el que se descubre por qué vía se pretende legitimar el nuevo modelo de medidas *race conscious*. Para el presidente Kennedy, la discriminación racial «impide nuestro liderazgo mundial porque contradice en nuestra propia casa el mensaje que predicamos en el exterior. Desfigura la atmósfera de una sociedad unida y sin clases sobre la que esta Nación alcanzó su grandeza (...) El que estemos comprometidos en la consecución de una verdadera igualdad de oportunidades no es simplemente por causa de la Guerra Fría. La razón fundamental es porque es lo justo» (referencia tomada de *ibidem*, pág. 158 —la traducción del inglés es mía—). La mitad de la propaganda soviética anti-americana durante la Guerra Fría se centró en el racismo existente en la sociedad estadounidense (A. FREEMAN: *Op. cit.*, pág. 1437, que envía a DUDZIAK: «Desegregation as a Cold War imperative», *Stanford Law Review*, núm. 41, 1988, pág. 61).

cuotas raciales voluntarias fue visto por muchos como el mejor seguro para evitarlo.

\* \* \*

Entre los últimos años de la década de los sesenta y los primeros años de los setenta se consolidó, como hemos visto, el modelo de agencias oficiales encargadas de vigilar la puesta en marcha de las medidas antidiscriminatorias y el respeto a sus principios. Se implantaron agencias de esta naturaleza en gran parte de los Departamentos Federales, y su jurisdicción se extendió a otros niveles de la Administración. Aparecieron también «unidades de acción afirmativa» y especialistas en esta materia en algunas grandes empresas privadas.

Fue a finales de la década de los setenta cuando la Corte Suprema norteamericana tuvo que comenzar a enfrentarse al reto de valorar la legitimidad de las medidas de acción afirmativa, jurisprudencia a la que se hará referencia más adelante.

Durante los años ochenta, sobre todo durante la época del Gobierno de Reagan, la Administración dejó de promover la puesta en marcha de programas de acción afirmativa (si bien con la fuerte oposición de organizaciones de defensa de los derechos civiles, de miembros demócratas y también republicanos del Congreso e incluso de miembros de la propia Administración), y los que siguieron funcionando lo hicieron a partir de opciones voluntarias de los empleadores que decidieron ponerlos en práctica o mantenerlos. Reagan, además, designó a varios jueces para la Corte Suprema (O'Connor, Kennedy, Scalia y Rehnquist) que se habían caracterizado por su clara oposición a las políticas de acción afirmativa (58). Muchos de quienes apoyaron a Reagan creían que «la discriminación racial es algo que pertenece al pasado, que ha sido abolida mediante numerosas leyes promulgadas en la década de los sesenta, y, más aún, que si el racismo existe todavía, no es culpa de ellos (...) Creen que si las minorías no se han beneficiado de las leyes antidiscriminatorias y permanecen pobres e impotentes es su propia culpa por no reunir la habilidad exigida o no querer hacerlo» (59).

---

(58) Un estudio de las posiciones mantenidas por cada juez respecto a la acción afirmativa a lo largo de su trayectoria en la Corte Suprema puede verse en TAMAR FRUCHTMAN: «*City of Richmond v. J.A. Croson Co.*: charting a course through the Supreme's Court affirmative action decisions», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 17, verano 1990, págs. 715 y sigs.

(59) A. FREEMAN: *Op. cit.*, pág. 1408 (la traducción del inglés es mía). Sobre la etapa del Gobierno Reagan y su incidencia en materia de acción afirmativa, puede verse también RANDALL KENNEDY: «Persuasion and distrust: a comment on the affirmative action debate», *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, en especial págs. 1341 y sigs.

En 1991 se dictó una nueva *Civil Rights Act*, que ha introducido las más importantes modificaciones producidas hasta la fecha en materia de Derecho antidiscriminatorio en los Estados Unidos. Esta nueva norma ha confirmado la acción afirmativa como un remedio adecuado para combatir la discriminación en los supuestos de infrarrepresentación de la minoría considerada o de las mujeres, creándose a través de la *Glass Ceiling Act* (Ley del «Techo de Cristal»), también de 1991, una comisión que se encargaría de valorar la infrarrepresentación sobre todo en el nivel de puestos de responsabilidad (60). Sin embargo, la *Civil Rights Act* de 1991, que nació como fruto de un compromiso político entre republicanos y demócratas, no se inclina por las cuotas y los tratamientos preferentes como medio para lograr la igualdad, sino que favorece la adopción de medidas más neutras, salvo que cualquiera de tales medidas haya resultado completamente ineficaz para poner fin a una situación concreta de arraigada discriminación. Lo que sí hace es construir la presunción de que existe una discriminación cuando las estadísticas muestran una notable infrarrepresentación de un determinado colectivo, correspondiendo al empleador en cuestión destruir la presunción demostrando que el proceso de contratación aparentemente discriminatorio es necesario para el trabajo de que se trate o por razones de necesidad del negocio, sin que se defina cuáles puedan ser éstas (61).

En la etapa del Gobierno de Clinton la tendencia fue la de defender las medidas de acción afirmativa pero legitimándolas más a través de la noción de diversidad y de la necesidad de ir reduciendo la desigualdad de oportunidades, para presentarlas como algo ventajoso y enriquecedor para el conjunto de la sociedad americana y no sólo para aquéllos que directamente se benefician de ellas (62), que mediante argumentos acerca de la necesidad de compensar a las víctimas de pasados fenómenos de discriminación o de corregir los efectos de

---

(60) Esta Comisión emitió en 1995 un informe en el que constataba el mantenimiento de barreras que seguían negando a las mujeres y a los miembros de minorías el acceso a los puestos de toma de decisiones. A raíz de ese informe la Comisión aprobó una Recomendación en la que se instaba a los directivos de las empresas estadounidenses a hacer uso de las medidas de acción afirmativa como un instrumento capaz de asegurar a todos los individuos suficientemente cualificados iguales oportunidades de competir por todos los puestos sobre la base del mérito y la capacidad.

(61) Sobre la *Civil Rights Act* de 1991, pueden verse F. REY MARTÍNEZ: «La "affirmative action" norteamericana...», *cit.*, pág. 2, y WILLIAM M. BRADFORD REYNOLDS: «Affirmative action and its negative repercussions», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 523, septiembre 1992, págs. 47 y sigs.

(62) J. D. SKRENTNY: *Op. cit.*, pág. 228. En el año 2000 el Departamento Federal de Empleo aprobó nuevas normas en materia de acción afirmativa, que incluyen una obligación para aquellos empresarios que contraten con el Gobierno Federal de presentar periódicamente estadísticas sobre el número de contrataciones, despidos y promociones realizadas dentro de su plantilla, indicando expresamente el sexo y la etnia de las personas afectadas.

éstos que aún perduran. Y es que en un mundo como el actual, en el que la animadversión racial aparece como una de las principales y más graves fuentes de conflictos, resulta muy difícil defender políticas que precisamente se construyen sobre la diferencia racial, como son las medidas de acción afirmativa. También en parte por eso los progresistas americanos se afanan en los últimos años por intentar comenzar a construir los modelos de acción afirmativa sobre preferencias basadas no en la etnia, sino en la pertenencia a una determinada clase social (definida en términos de nivel socioeconómico).

En California las medidas clásicas de «discriminación inversa» han recibido en los últimos años un importante «golpe jurídico», al aprobarse, por una mayoría bastante ajustada, el 6 de noviembre de 1996 la Proposición 209 del Estado de California, que añade al artículo I de la Constitución de este Estado una sección 31 que prohíbe al Estado y a los gobiernos locales discriminar contra o garantizar un tratamiento preferente a cualquier individuo o grupo por razón de su raza, sexo, color, etnia u origen nacional en los ámbitos de la educación, la contratación y el empleo públicos (63). En 1997, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó valorar la constitucionalidad de la Proposición 209, lo cual permitió a la citada norma empezar a producir plenamente efectos. La Corte Suprema californiana dictó el 30 de noviembre de 1998 una sentencia, la *Wilson v. State Personnel Board et al.*, en la que perfiló el alcance de esta proposición, que, según este Tribunal, implicará la inconstitucionalidad sólo de las más incisivas medidas de «discriminación inversa» (sistemas de cuotas rígidas, fundamentalmente), pero no de todos los programas de acción afirmativa (ni siquiera de los programas de objetivos numéricos en la contratación de mujeres y minorías étnicas) (64).

Más recientemente Washington (en noviembre de 1998, la *Initiative 200*, aprobada por referéndum) y Florida (en 2000, el llamado «*One Florida Plan*») han adoptado normas similares que prohíben la acción afirmativa en los ámbitos de acceso a la educación superior, celebración de contratos públicos, y contratación de personal por las empresas.

---

(63) La cláusula C de la Proposición 209 permite sin embargo, en términos bastante crípticos y por ello peligrosos, que se discrimine por razón de sexo en aquellos casos en que ello sea «razonablemente necesario» para garantizar el «normal funcionamiento» de la educación, la contratación o el empleo públicos.

(64) Véase al respecto F. REY MARTÍNEZ: «La “affirmative action” norteamericana...», *cit.*, págs. 15 y sigs. El texto completo, en inglés, de la actual sección 31 del artículo 1 —«Declaration of Rights»— de la Constitución de California en PEDRO J. HERNANDO GARCÍA: «Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos», en FRANCESC PAU I VALL (coord.): *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 454, nota 35.

6. BREVE REFERENCIA A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN DERECHO ESTADOUNIDENSE (65)

La Corte Suprema estadounidense fue reacia en los primeros momentos a aplicar la Decimocuarta Enmienda a la discriminación por razón de sexo, afirmando en la sentencia *Slaughter-House Cases* (66) que la *equal protection clause* contenida en aquélla era de exclusiva aplicación a los supuestos de discriminación racial en contra del colectivo afroamericano. Una vez que la Corte Suprema decidió entrar a valorar desde una perspectiva constitucional las discriminaciones por razón de sexo, su jurisprudencia se limitó en una primera etapa a reproducir en los esquemas valorativos de las normas impugnadas los roles tradicionalmente asignados a las mujeres y el estereotipo de su inferioridad natural, aceptándose la constitucionalidad de normas que se sustentaban en prejuicios contra las mujeres y que perpetuaban modelos de desigualdad, y ello con argumentos tales como que «el hombre es, o debe ser, el protector de la mujer y su defensor (...) El más alto destino y misión de la mujer es cumplir las nobles y benéficas funciones de esposa y madre. Ésta es la ley del Creador» (67). Asimismo hasta 1920 no era inconstitucional que un Estado reconociese el derecho al voto sólo a los varones (68) y así lo ratificó la Corte Suprema en alguna sentencia (69), y sólo a partir de 1975 se empezó a considerar contraria a la Constitución la exclusión de las mujeres de los sistemas de selección de jurados (70).

Coincidiendo con la llegada del juez Burger a la presidencia del Tribunal,

(65) Sigo en este punto en líneas generales a L. H. TRIBE: *Op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 1568 y sigs. Véase también MICHEL ROSENFELD: «Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos», en VV.AA.: *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 83 y sigs.

(66) 83 U.S. (16 Wall) 36 (1872).

(67) Sentencia del caso *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130 (1872), en la que se confirmó la constitucionalidad de la prohibición estatal de la práctica del Derecho por las mujeres. La sentencia del caso *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), ratificó, con argumentos basados en la mayor debilidad física del sexo femenino y el cumplimiento de sus funciones maternas, la constitucionalidad de una norma protectora de las mujeres trabajadoras que limitaba las horas de trabajo, y a partir de 1937 se reconoció la validez de normas estatales que prevenían un salario mínimo obligatorio para las trabajadoras con el fin de protegerlas de empleadores sin escrúpulos [caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)].

(68) En 1920 se introdujo en la Constitución de los Estados Unidos la Decimonovena Enmienda, que establece que «el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no podrá ser denegado por los Estados Unidos o por cualquier Estado por razón de sexo».

(69) *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall) 162 (1875).

(70) *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 (1975).

desde la sentencia del caso *Reed v. Reed* de 1971 (71) empezó a producirse un cambio en esa manera de razonar, condenándose los estereotipos que perpetuaban un determinado modelo de asignación de roles en función del sexo y comenzando a utilizarse el *intermediate test* al que hice referencia anteriormente (72). En general, la Corte Suprema pasa a rechazar las leyes que, pese a comportar «ventajas» para las mujeres, se basan en la falsa creencia de que las mujeres no tienen responsabilidades fuera del ámbito familiar y doméstico (73), así como aquellas normas aparentemente protectoras de las mujeres trabajadoras que se basan en una concepción paternalista de la necesidad que tienen las mujeres de gozar de una mayor protección que los varones por su inferioridad natural (74), mientras que mantiene la constitucionalidad de normas que, pese a introducir diferencias de tratamiento por razón de sexo, tienen una finalidad compensatoria de las dificultades a que se enfrentan las mujeres por su condición de tales y de las desiguales oportunidades que padecen a la hora de acceder a determinados empleos o de promocionarse dentro del ámbito profesional (75), pero sólo si tales medidas están sustancialmente vinculadas a la satisfacción del fin previsto y son idóneas para ello.

(71) 404 U.S. 71 (1971).

(72) En la sentencia *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), la Corte Suprema declara expresamente por primera vez sospechosos los tratamientos normativos diferenciados que tienen su base en el criterio del sexo, y rechaza una norma que otorgaba un trato diverso en función del sexo a los cónyuges de miembros de las Fuerzas Armadas a la hora de obtener diversos beneficios, por considerarla reflejo de un «paternalismo romántico». En la sentencia *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976), se aplica por primera vez el *intermediate test* al valorar un diferente trato normativo basado en el sexo.

(73) Véanse las sentencias de los casos *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 282 (1979) (se invalida una ley que concedía determinados beneficios económicos a los hijos de padres desempleados, pero no de madres desempleadas); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979) (que invalida otra ley que preveía que los tribunales pudiesen imponer obligaciones de alimentos respecto a los hijos sólo a los padres, pero no a las madres); *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979) (en la que se rechaza una ley que concedía a las madres solteras pero no a los padres solteros la facultad de bloquear la entrega en adopción de sus hijos); y *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455 (1981) (se rechaza una norma que concedía al marido la posibilidad de disponer del patrimonio común del matrimonio sin contar con el consentimiento de la esposa).

(74) Sentencias *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975) (que invalidó un precepto de una ley en materia de seguridad social que concedía una pensión a las viudas con niños a su cargo, pero no a los viudos), y *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977) (la Corte invalidó otra disposición en materia de seguridad social que garantizaba determinados beneficios económicos a las viudas en todo caso, y a los viudos sólo si demostraban que dependían del cónyuge fallecido).

(75) Sentencias de los casos *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351 (1974) (confirmando una ley que concedía una exención fiscal sobre la propiedad de determinados bienes a las viudas pero no a los viudos); *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498 (1975); *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313 (1977)

En general puede decirse que en la medida en que una clasificación por razón de género refleje de forma realista las diferencias legítimas entre los sexos y suponga un modo razonable de solucionar el problema que se afronta, superará el test. Un programa que conceda ciertas ventajas a las mujeres superará el test si se concibe como un intento honesto y plausible para intentar reducir la disparidad en la condición económica de hombres y mujeres causada por una larga historia de discriminación contra ellas (76). Es destacable también cómo recientemente se vienen produciendo importantes avances en materia de acoso sexual, considerado ya como una forma de discriminación por razón de sexo (77).

En los últimos años la jurisprudencia americana ha valorado en diversas ocasiones desde el punto de vista constitucional en qué supuestos el sexo puede ser considerado como un criterio válido para la exclusión de las mujeres del acceso a determinados trabajos y en qué supuestos, los más, el sexo del sujeto no puede justificar un tratamiento diferenciado respecto al acceso a ciertos empleos (78).

En los trabajos que exigen una mayor fuerza física o una mayor resistencia, en general la Corte Suprema ha considerado discriminatorio excluir a las mujeres como grupo del acceso a tales empleos, y exige que se realice una valoración individualizada de las habilidades de todos los candidatos y candidatas y de si están físicamente o no en condiciones de realizar tales tareas.

En el caso de trabajos que exigen igual sexo que los destinatarios del servicio y trabajos que conllevan esencialmente una invasión en la esfera privada de

---

(que defendió la constitucionalidad de un sistema de seguros sociales que, a igualdad de ingresos en el pasado, concedía pensiones de mayor cuantía a las mujeres que a los varones); y *Johnson v. Transportation Agency*, 107 S. Ct. 1442 (1987), sobre medidas de acción afirmativa en favor de las mujeres. A diferencia de lo que ocurre cuando se llevan ante la Corte medidas que otorgan un tratamiento preferente a los miembros de minorías raciales, que son casos en los que los demandantes blancos lo que desean es que se ponga fin a tales tratamientos preferentes, en el caso de las medidas favorables a las mujeres los varones demandantes, en general, lo que pretenden es que se les extiendan también a ellos los beneficios previstos sólo para las mujeres (L. H. TRIBE: *Op. cit.*, 2.<sup>o</sup> ed., pág. 1569). Pueden verse también comentarios a estas sentencias y a las citadas en las notas anteriores en M. KLARMAN: *Op. cit.*, págs. 303 y sigs.

(76) P. LURIE: *Op. cit.*, pág. 1567.

(77) Véase la paradigmática sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Merritor Saving Banks, F.S.B. v. Vinson*, 477 U.S. 57, 106 S. Ct. 2399 (1986). Un amplio estudio sobre el tratamiento recibido por el fenómeno del acoso sexual, tanto en el ámbito laboral como en el escolar, en la jurisprudencia norteamericana puede verse en F. REY MARTÍNEZ: «La "affirmative action" norteamericana...», *cit.*, págs. 17 y sigs.; y en D. B. OPPENHEIMER: *Op. cit.*, en especial págs. 951 y sigs. Este autor se ocupa también del «acoso racial» (*ibidem*, págs. 945 y sigs.).

(78) Sigo en este punto a FERNANDO REY MARTÍNEZ: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995 (Monografía Ciencias Jurídicas), págs. 74 y sigs.

los destinatarios de los mismos, en la sentencia *Dothard v. Rawlinson* (79) la Corte confirmó una ley del Estado de Alabama que excluía que las mujeres pudiesen trabajar como funcionarias de prisiones en las prisiones de máxima seguridad, que albergaban a presos convictos por delitos contra la libertad sexual, porque ello podría afectar a la seguridad de estos establecimientos ante la posibilidad de que las mujeres funcionarias pudiesen ser agredidas sexualmente por los internos. En la *dissenting opinion* formulada por el juez Marshall se puso de manifiesto, sin embargo, que excluir a una mujer de este tipo de trabajo no hacía sino confirmar la consideración de las mujeres como simples objetos sexuales y que lo que el Estado tenía que hacer era garantizar suficientemente la seguridad de las funcionarias en lugar de excluirlas del servicio por considerarlas poco menos que provocadoras sexuales.

En los supuestos en que parecen decisivas las pretendidas preferencias de los clientes (80), no hay jurisprudencia de la Corte Suprema, pero el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito se ha pronunciado (en el caso concreto de la preferencia de una línea aérea por auxiliares de vuelo de sexo femenino en sus aviones) en el sentido de considerar este supuesto como una violación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, independientemente de las preferencias expresadas por los clientes, que decían en su mayoría preferir ser atendidos por mujeres durante el vuelo (81).

Respecto a la exclusión de las mujeres de trabajos que conllevan exposición a productos tóxicos, el Tribunal Supremo estadounidense también la ha considerado discriminatoria en su sentencia *Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.* (82).

---

(79) 433 U.S. 321 (1977).

(80) Este tipo de preferencias es lo que Alexander denomina, siguiendo a Wertheimer, «*reaction qualifications*» («cualificaciones de reacción»). Son «aquellas aptitudes o características que contribuyen a la eficacia del trabajo por la vía de provocar o de servir como base a la reacción apropiada en los destinatarios» (ALAN WERTHEIMER: «Jobs, qualifications, and preferences», *Ethics*, núm. 94, 1983, pág. 100, citado por L. ALEXANDER: *Op. cit.*, pág. 173 —la traducción del inglés es mía—, al que me remito para un análisis de la valoración moral que merecen esta clase de preferencias y su conversión en méritos). Por ejemplo, siguiendo todavía a Wertheimer, el que las mujeres posibles destinatarias de sus servicios prefieran ser atendidas por una ginecóloga en lugar de por un ginecólogo puede convertir el sexo de los médicos candidatos en una cualificación que el servicio de salud de una comunidad tenga en cuenta a la hora de contratar a un doctor de esta especialidad, pues es previsible que las mujeres con esa preferencia retrasen más el acudir a la consulta si el médico es varón, y por contra acudan antes a la doctora si detectan cualquier problema ginecológico de salud, lo que redundará en una mayor nivel global de salud dentro de esa comunidad.

(81) Sentencia *Díaz v. Pan American World Airways*, 442 F.2d 385 (5th Cir.), *cert. denied*, 404 U.S. 950 (1971).

(82) 499 U.S. 187 (1991).

En cuanto a los tratamientos diferenciados que se basan en el embarazo y la maternidad (83), el único fenómeno respecto del cual hombres y mujeres no están idénticamente situados, no siempre ha considerado la Corte estos supuestos desde la perspectiva del principio de igualdad y de la discriminación por razón de sexo, pese a que sólo las mujeres pueden quedarse embarazadas. Dado el tratamiento que el Tribunal había venido dispensando al embarazo a los efectos de negar en caso de gravidez la protección a las mujeres por parte de los sistemas de seguros sociales (84), el Congreso aprobó en 1978 la *Pregnancy Discrimination Act* (Ley de Discriminación por Embarazo), que enmendó el Título VII de la *Civil Rights Act* de modo que los tratamientos discriminatorios por razón de embarazo tienen desde entonces a todos los efectos la consideración de discriminación por razón de sexo, sin que quede prohibida, según ha admitido la Corte Suprema, la previsión de una mayor cobertura económica para el embarazo frente a la que se concede a otras incapacidades laborales transitorias.

En 1972, aunque ya se venía intentando sin éxito desde 1923, se puso en marcha el procedimiento para incorporar a la Constitución de los Estados Unidos la que habría sido la Enmienda Vigésimoséptima, la *Equal Rights Amendment*, cuyo tenor literal, prohibiendo expresamente la discriminación por razón de sexo, habría sido el siguiente: «1. La igualdad de derechos ante la ley no podrá ser negada o limitada por razón de sexo por los Estados Unidos ni por ningún Estado federado. 2. El Congreso tendrá poder para hacer cumplir este precepto mediante la legislación adecuada». Al final no se pudo conseguir el voto favorable a la Enmienda de las tres cuartas partes de los Estados federados, exigido por la Constitución para que pudiese ser aprobada, pero en 1987 se ha vuelto a llevar a discusión al Congreso, no pareciendo improbable que a medio plazo acabe siendo aprobada definitivamente.

Respecto a las medidas de acción afirmativa en favor de las mujeres, lo

---

(83) Puede verse más ampliamente a este respecto D. B. OPPENHEIMER: *Op. cit.*, págs. 939 y sigs.

(84) Véanse las sentencias *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974) (que confirmó la política del Estado de California que había excluido el embarazo y la maternidad de la cobertura de los sistemas de seguros sociales de protección en caso de bajas laborales, sin apreciar en ello una discriminación por razón de sexo); *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976) (que confirmó esa doctrina, alegando además que el embarazo, a diferencia de otros supuestos de incapacidad laboral, es normalmente una situación voluntaria y deseada); y *Nashville Gas Co. v. Satty*, 434 U.S. 136 (1977) (la Corte en este caso sí que invalidó la política de la empresa que no sólo obligaba a las trabajadoras embarazadas a darse de baja sin sueldo, sino que además cuando se reincorporaban al trabajo las privaba de la antigüedad que hubiesen acumulado hasta ese momento).

cierto es que, hasta ahora, el Tribunal Supremo norteamericano nunca ha valorado la acción afirmativa basada en el género según los parámetros de la Decimocuarta Enmienda, sino según el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 (85).

7. VALORACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA  
ESTADOUNIDENSE EN MATERIA DE ACCIÓN AFIRMATIVA

La Corte Suprema se ha enfrentado desde el año 1978 en doce sentencias al fenómeno de la acción afirmativa. Once de esas sentencias tenían como objeto de enjuiciamiento la constitucionalidad, en unos casos, y la legalidad, en otros, de diversas medidas de acción afirmativa en favor de ciertas minorías étnicas, y sólo una se refería a medidas en favor de las mujeres.

El análisis detallado de esa jurisprudencia nos permite concluir que a los ojos de la Corte las clasificaciones raciales no son en todo caso inconstitucionales: el propósito de establecer diferencias normativas de tratamiento en función de la etnia puede ser considerado en principio discutible pero aceptable, y sólo inconstitucional si se dan junto a él otras circunstancias (86). La finalidad, sin embargo, de discriminar (en el sentido negativo del término) por razón de raza sí que es inaceptable, y ello tanto si se basa en una particular animadversión contra una determinada etnia como si se basa en una aceptación irreflexiva de determinados estereotipos que consideran inferiores a algunas razas. Lo que se intenta con el empleo del *strict scrutiny test* cuando las clasificaciones normativas se fundamentan en la raza es precisamente discernir si lo que se persigue es un propósito legítimo y lo suficientemente importante como para legitimar el empleo de un medio altamente sospechoso como el de las clasificaciones raciales, o si por el contrario la clasificación lo que refleja son prejuicios contra determinadas razas y lo que pretende es reforzar la situación de marginación en que se hallan sus miembros (87).

La Corte admite como propósito legítimo y lo suficientemente importante, capaz de superar en principio las exigencias del *strict scrutiny test*, el de pretender compensar o corregir, mediante la utilización de una clasificación racial, los efectos negativos de una discriminación pasada, beneficiando con ello sólo a aquellas personas concretas que han padecido o padecen aún los efectos

---

(85) Véase la sentencia del caso *Johnson v. Transportation Agency, St. Clara County, California et al.*, 107 S. Ct. 1442 (1987).

(86) D. CHANG: *Op. cit.*, págs. 801-802.

(87) Razonamientos vertidos por la juez O'Connor en la sentencia del caso *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

perjudiciales de la misma: la Corte Suprema americana considera el tratamiento preferente de determinadas minorías étnicas (y también de las mujeres) como básicamente compatible con las exigencias del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 y con la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda (y con las mismas exigencias constitucionales que para la Federación se derivan en esta materia de la *due process clause* de la Quinta Enmienda) cuando tales preferencias están al servicio del *objetivo de superar los efectos de una concreta discriminación pasada por razón de etnia* (o de sexo) (88). En cualquier caso se detecta paralelamente una preferencia, sobre todo en la jurisprudencia de los últimos años, en favor de medidas racialmente neutras a la hora de combatir las discriminaciones pasadas (89). Se permite también la toma en consideración de la etnia cuando el objetivo que se persigue es el de promover la diversidad académica (en los procesos de admisión en las Universidades) (90) o la pluralidad emisiva (en la concesión de licencias radiofónicas y televisivas) (91). No se considera aceptable, sin embargo, el objetivo sin más de alcanzar una determinada proporción numérica de trabajadores o estudiantes de un cierto sexo o de una cierta etnia en la plantilla de una empresa o en el alumnado de una Universidad (92).

En el caso de programas de acción positiva impuestos judicialmente, el § 706 (g) del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 no parece oponerse a que tales preferencias ordenadas judicialmente favorezcan también a quienes no han sido víctimas identificadas de una previa discriminación (93). Se permite incluso la fijación en estos casos por parte de los jueces de objetivos numéricos flexibles cuando se trata de hacer frente a conductas discriminatorias arraigadas o notorias, o cuando es necesario eliminar los efectos persistentes de una discriminación generalizada (94): cuando se trata de luchar contra con-

(88) Sentencia *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*.

(89) Así, ya tomó la Corte en consideración en *United States v. Paradise*, 107 S. Ct. 1053 (1987), la existencia de medidas alternativas eficaces racialmente neutras como elemento de valoración de la legitimidad de los programas de acción afirmativa. También en *City of Richmond v. Croson*, caso en el que se señaló que uno de los defectos del plan de acción positiva que se cuestionaba era precisamente el no haber tenido en cuenta si existían alternativas eficaces que fuesen neutras respecto a la raza. En *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 115 S. Ct. 2097 (1995), vuelve a aparecer esta idea.

(90) *Regents of the University of California v. Bakke*, ya citada.

(91) *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990).

(92) *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*

(93) Así parece deducirse claramente de la sentencia *Local 28, Sheet Metal Workers International Association v. Equal Employment Opportunity Commission*, 478 U.S. 421 (1986).

(94) *Local 28, Sheet Metal Workers International Association v. Equal Employment Opportunity Commission* y *United States v. Paradise*.

ductas discriminatorias generalizadas, sistemáticas y obstinadas, los Tribunales no están limitados a la utilización del medio menos incisivo, sino que les corresponde un amplio margen de enjuiciamiento a la hora de elegir el medio que se va a emplear. Lo que no es admisible en ningún caso es que un órgano judicial exija, para el mantenimiento de los resultados de planes previos de acción afirmativa, el despido de trabajadores blancos con una antigüedad mayor en el puesto en favor de trabajadores de minorías étnicas con una antigüedad menor.

A la hora de valorar la conexión entre el medio empleado (medidas de tratamiento preferente) y el objetivo al que se aspira (eliminación de las consecuencias de la discriminación) la Corte tiene en cuenta en todo caso: primero, hasta qué punto la medida es necesaria y hasta qué punto serían eficaces otras medidas alternativas; segundo, la duración prevista de la medida y su flexibilidad, lo cual incluye un rechazo a las cuotas rígidas y una valoración positiva de la existencia de cláusulas de excepción; y tercero, los efectos que el tratamiento preferente tiene o va a tener presumiblemente sobre la posición jurídica de terceros.

Se detecta una diferencia notable en la valoración que hace la Corte de las medidas de acción afirmativa según se apliquen en procedimientos de contratación o de promoción o se apliquen en supuestos de despido, pues mientras que en el primer caso, con carácter general y dentro del respeto a ciertos límites, sí que se admiten, en los casos de despido la Corte no admite nunca las medidas de esta naturaleza, por considerarlas excesivamente dañosas para los derechos e intereses de los trabajadores que se ven perjudicados por ellas (95). Normalmente esta valoración de la posición de las «víctimas inocentes» se desplaza a la segunda parte del *strict scrutiny test*, esto es, al punto en el que lo que se pretende es constatar si el plan está suficientemente conectado con la satisfacción de los objetivos previstos. Para la Corte Suprema estadounidense la existencia de «víctimas inocentes» no se convierte en un obstáculo absoluto a las medidas de acción afirmativa, pero sí que obliga a ponderar en el caso concreto el sacrificio que se hace recaer sobre esas personas, y en todos los supuestos de despido tal sacrificio se considera como una «carga excesiva» (96).

La Corte Suprema tiene en cuenta también en sus sentencias la competencia para luchar contra la discriminación racial del órgano que adopta la medida de acción afirmativa. La competencia del Congreso en esta materia se deduce directamente de la Decimocuarta Enmienda, que además le concede un amplio

---

(95) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986).

(96) Véase al respecto M. DÖRING: *Op. cit.*, págs. 166-167.

margen de discrecionalidad a la hora de decidir la eliminación de qué situaciones discriminatorias o de qué efectos derivados de ellas puede justificar el uso de clasificaciones raciales (97). En cuanto a la competencia de los Estados de la Federación y de otras instancias políticas inferiores, si, igual que los empleadores privados, pueden ser declarados responsables de prácticas discriminatorias por los órganos jurisdiccionales, parece razonable pensar que han de disponer de la competencia para poner en marcha medidas antidiscriminatorias que eviten llegar a un procedimiento judicial (98). Lo que no tienen en ningún caso es un margen de discrecionalidad tan amplio como el Congreso para poder justificar fácticamente la utilización de estas medidas.

Se exige normalmente, al valorar la existencia de situaciones arraigadas de discriminación y la necesidad de la medida, una comparación entre la composición racial de la plantilla de una empresa y la composición racial del mercado de trabajo relevante (99). En los casos en los que el puesto precisa la posesión de una cualificación especial, el dato estadístico significativo es el porcentaje de miembros de minorías que poseen dicha cualificación dentro del mercado de trabajo relevante (100). Lo que la Corte Suprema no ha aclarado aún es qué grado de desproporción o de infrarrepresentación se considera indicativo de discriminación, aunque el porcentaje que suelen aplicar los Tribunales americanos para apreciar la existencia de un impacto desigual sobre un cierto colectivo en el marco de la teoría del *disparate impact* es de un desfase del veinte por ciento o más.

En la valoración de la Corte acerca de la constitucionalidad o legalidad de las medidas de acción afirmativa suele influir positivamente el hecho de que los programas de acción positiva hayan sido elaborados y puestos en marcha por un empresario o por un poder público *de forma voluntaria* (101), pero en ocasiones incluso en estos casos algunos jueces han exigido que se pruebe la existencia de una discriminación pasada en el ámbito de esa empresa para considerar el plan legalmente aceptable.

No admite la Corte Suprema en ningún caso el establecimiento de cuotas rígidas. Incluso en los casos en los que autoriza a los jueces a imponer reservas

(97) *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission y Adarand Constructors, Inc. v. Peña*.

(98) M. DÖRING: *Op. cit.*, pág. 162.

(99) *Local 28, Sheet Metal Workers International Association v. Equal Employment Opportunity Commission y City of Richmond v. J.A. Croson Co.*

(100) *Johnson v. Transportation Agency, St. Clara County, California et al.*, ya citada.

(101) *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), *Local Number 93, International Association of Firefighters v. Cleveland*, 106 S. Ct. 3063 (1986), y *Johnson v. Transportation Agency, St. Clara County, California et al.*

de puestos, fijadas numéricamente, a los empleadores o sindicatos culpables de una discriminación obstinada y duradera y que se hayan opuesto reiteradamente a cumplir las correspondientes decisiones judiciales, tales reservas sólo se consideran admisibles si están limitadas temporalmente y son flexibles (102). Mientras que una cuota impone un número fijo o un porcentaje de plazas que debe ser alcanzado o que no puede ser superado, sin prestar atención al número de potenciales solicitantes que reúnen la cualificación necesaria, un objetivo flexible (*goal*) es un propósito numérico, fijado de forma realista en función del número de vacantes esperadas, y el número de solicitantes cualificados disponibles en el mercado de trabajo relevante. El fracaso del empleador en la satisfacción del objetivo a pesar de sus esfuerzos de buena fe no está sujeto a sanción, porque no se espera del empleador que desplace a los empleados existentes o que cree empleos innecesarios para cumplir el objetivo. Las cuotas se equiparan con frecuencia con el esfuerzo de alcanzar y mantener un equilibrio racial políticamente deseado, y ya hemos visto que para la Corte no es aceptable que se pretenda lograr una representación de ciertos colectivos en cada empresa o en cada categoría profesional según su proporción en la población total correspondiente. Suele haber otra diferencia esencial entre cuotas rígidas y objetivos flexibles, que determina la compatibilidad de los segundos con las exigencias de la *equal protection clause*: la satisfacción de una cuota se lleva a cabo normalmente sin dejar margen para que se pueda tomar en consideración la situación especial de cada solicitante; los objetivos flexibles, sin embargo, suelen dejar espacio para un examen individualizado de los candidatos, con lo que se respeta su derecho a ser tratados como iguales, esto es, con igual consideración y respeto, desde su condición de seres únicos e irrepetibles (103).

Respecto al test de valoración adecuado para enjuiciar la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa es una de las cuestiones más polémicas que se deducen del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal en esta materia. Cuando a la Corte se le presenta un supuesto de acción afirmativa para que valore su constitucionalidad o su legalidad, ¿la Corte ha de aplicar el *strict scrutiny test* como hace ante cualquier medida discriminatoria por razón de raza, o hay una diferencia lo suficientemente notable como para aplicar un test menos exigente entre medidas puestas en práctica por razones racistas y medidas que, pese a utilizar clasificaciones raciales, lo hacen precisamente con la intención opuesta, esto es, la de corregir los efectos negativos que padecen determinados colectivos por discriminaciones raciales pasadas?

---

(102) Vid. *Local 28, Sheet Metal Workers International Association v. Equal Employment Opportunity Commission*.

(103) Puede verse más ampliamente M. DÖRING: *Op. cit.*, págs. 168 y sigs.

En *Bakke* los jueces del ala progresista (Brennan, White, Marshall y Blackmun) (104) se declararon partidarios de aplicar en estos supuestos el *intermediate test* por cuatro razones, que a la vez se convierten en los cuatro requisitos que, según ellos, han de darse para que una clasificación racial «benigna» pueda ser sometida a este test menos exigente: no hay ningún derecho fundamental implicado (la única que me parece discutible en ausencia de más precisiones); el grupo que en este caso se ve desfavorecido (los blancos) no necesita una protección extraordinaria frente al legislador, pues puede participar plenamente en el proceso político democrático; la utilización del criterio «etnia» es relevante para la satisfacción de la finalidad que se persigue; y la clasificación racial en este caso no se basa en prejuicios acerca de la inferioridad del colectivo preterido, ni promueve la estigmatización social de los miembros del mismo ni su consideración como ciudadanos de segunda clase. Si todas estas circunstancias se dan, en opinión de los jueces sólo habría que buscar un objetivo estatal importante a cuya consecución esté ligada de forma sustancial la clasificación racial impugnada para que ésta pueda superar el test de constitucionalidad (105).

Añadamos otra razón de carácter lógico-jurídico, expuesta por Strauss: «bajo la lógica del «principio de consistencia» de *Adarand* y *Croson*, la conclusión de que un grupo ha padecido estas desventajas significa que el poder del Gobierno para ayudar a este grupo está restringido, mucho más restringido que su poder para poner en marcha leyes favoreciendo a grupos que no han sufrido ninguna de estas desventajas. La Corte nunca ha considerado, por ejemplo, a los homosexuales como una categoría sospechosa. Por eso hoy en día la acción afirmativa en favor de los homosexuales sería tratada igual que una legislación que favoreciese, pongamos por caso, a los optometristas, o a cualquier otro colectivo: toda esta legislación es casi automáticamente constitucional según el test de mera racionalidad (...) Bajo el principio de «consistencia» la decisión de que los homosexuales han sido históricamente discriminados, de que son actualmente víctimas de prejuicios, y de que les falta poder político llevaría a la conclusión de que las leyes que persiguiesen el objetivo de ayudar a los homosexuales estarían sujetas al escrutinio estricto y serían generalmente declaradas inconstitucionales» (106).

(104) En la sentencia *Fullilove* el juez White abandonó esta postura y se inclinó por aplicar a todas las clasificaciones raciales el *strict scrutiny test*.

(105) Fiss es partidario de aplicar el «test de mera racionalidad» cuando lo que se analiza es una medida de acción afirmativa en favor de colectivos tradicionalmente marginados (O. M. FISS: «Groups and...», *cit.*, pág. 138).

(106) D. A. STRAUSS: *Op. cit.*, pág. 13 (la traducción del inglés es mía).

En el caso de las medidas de acción afirmativa en favor de las mujeres el juez Rehnquist se pronunció en las sentencias *Michael M. v. Superior Court* (107) y *Craig v. Boren* (108) en favor de aplicar un test de «mera racionalidad», en lugar del *intermediate test* que se aplica cuando se valoran diferencias normativas de tratamiento que se basan en el criterio del género, y ello porque son sólo las mujeres y no los hombres las que llevan a sus espaldas una historia de discriminación previa cuyos efectos son los que se pretenden corregir. Sin embargo, mientras que en el caso de la raza eso sí que podría ser una justificación aceptable para rebajar el nivel de exigencia en la aplicación del test de constitucionalidad, en el caso del género no es tan claro, porque también los hombres han padecido por el tradicional reparto de roles una exclusión de un ámbito, el privado, el familiar, al que muchos de ellos quieren tener acceso, mientras que ningún blanco quiere ocupar la posición que tradicionalmente han ocupado los negros. Además, en el caso de la etnia sí que es evidente que con las medidas de tratamiento preferente se pretende eliminar la tradicional discriminación que han padecido los negros, mientras que en el caso del género algunas de las normas que prevén tratamientos aparentemente preferentes en favor de las mujeres se basan en el tradicional modelo de reparto de roles entre hombres y mujeres e incluso pretenden reforzarlo. Estos dos parecen motivos suficientes para no rebajar el nivel de exigencia al que se somete el análisis de la constitucionalidad de normas que establecen diferencias de tratamiento basadas en el género (109).

Sin embargo, desde que la Corte ha implantado el *strict scrutiny test* para valorar la legitimidad de cualquier clasificación basada en la raza, tanto si es «benigna» como si no, surgen nuevas dudas, porque ¿sería lógico someter los programas de acción afirmativa basados en el género a un nivel de escrutinio inferior al que se someten los programas de acción afirmativa basados en la etnia? (110). Pero si se les aplicase a las medidas de acción afirmativa en favor de las mujeres el *strict scrutiny test*, igual que a las preferencias en favor de los miembros de minorías étnicas, se juzgarían habitualmente las discriminaciones

---

(107) 450 U.S. 464 (1981).

(108) 429 U.S. 190 (1976).

(109) L. H. TRIBE: *Op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 1569-1570.

(110) Se plantea además otra paradoja: «los varones blancos tienen más protección contra la discriminación inversa derivada de programas de acción afirmativa basada en la raza que las mujeres contra la discriminación por género (pues un programa de acción afirmativa basado en la raza cuestionado por un varón blanco será sometido a un más exigente estándar de escrutinio estricto, mientras que el plan de un ente público que promoviera una discriminación por género sería revisado bajo un más deferente escrutinio intermedio)» (F. REY MARTÍNEZ: «La “affirmative action” norteamericana...», *cit.*, pág. 9).

contra mujeres con menor rigor que los tratamientos diferenciados que perjudican a los varones (111). Si se decide, por el contrario, valorar las medidas de promoción preferente de las mujeres según el *intermediate test*, no se comprende por qué la preferencia en favor de los negros, que en mucha peor medida han padecido hasta hoy una discriminación duradera y sus consecuencias, se somete a un examen de legalidad o de constitucionalidad más estricto.

Lurie critica el hecho de que a raíz de *Croson* diversos Tribunales de instancias inferiores, sobre todo de tendencia conservadora, interpretando incorrectamente los términos de la decisión de la Corte Suprema, hayan comenzado a aplicar el *strict scrutiny test* incluso respecto a las medidas de acción afirmativa que se diseñan en favor de las mujeres. Si las clasificaciones basadas en el género han sido objeto tradicionalmente del *intermediate test*, la aplicación del *strict scrutiny test* en el caso de las clasificaciones benignas conduce a evidentes inconsistencias lógicas. El razonamiento seguido por la Corte Suprema para las clasificaciones raciales no puede aplicarse automáticamente a las clasificaciones por razón de género precisamente porque la Corte nunca las ha equiparado del todo, y de hecho de ahí deriva la aplicación de estándares de revisión distintos (ya se explicó anteriormente que ello es así porque es más fácil hallar, en circunstancias muy concretas, limitadas prácticamente a los casos de embarazo y alumbramiento, una justificación para una clasificación por sexo que para una por etnia). Otros Tribunales han seguido aplicando el *intermediate test* en estos casos pero con las exigencias probatorias del *strict scrutiny test*, con lo cual aquél ha quedado igualmente desvirtuado: «en tanto la clasificación no se sustente sobre estereotipos sexuales, la corrección de los efectos de discriminaciones pasadas se convierte en un interés estatal importante. Para satisfacer el *strict scrutiny*, por contra, una clasificación debe estar estrechamente conectada con la compensación a las víctimas de una vulneración pasada concreta cometida por el Gobierno. Aunque el fundamento fáctico para el *intermediate scrutiny* no está definido de forma completamente precisa, la Corte ha establecido una diferencia entre las exigencias fácticas del *intermediate test* y del *strict scrutiny test*» (112).

Lo que parece evidente es que la discusión constitucional americana está todavía lejos de alcanzar un consenso respecto al nivel de enjuiciamiento al que han de someterse las medidas de acción afirmativa.

A modo de conclusión habría que añadir también que, dado que falta una base constitucional suficientemente clara a favor o en contra de las medidas de

(111) M. DÖRING: *Op. cit.*, pág. 172.

(112) P. LURIE: *Op. cit.*, pág. 1586, artículo dedicado íntegramente a esta cuestión.

acción afirmativa, incluso de las más incisivas de ellas (113), no es labor de los jueces de la Corte Suprema, entiendo, decidir en términos categóricos si han de prevalecer los nuevos valores de la sociedad norteamericana que se reflejan en los derechos legales creados por los programas de acción afirmativa o si han de seguir manteniéndose los derechos legales tradicionales basados en valores sociales *color blind*. La cuestión se torna más bien una cuestión de límites: cuáles son los límites que la Constitución americana y en concreto la *equal protection clause* (también el Título VII de la *Civil Rights Act*) marcan a las medidas de acción afirmativa. En el margen permitido por tales límites constitucionales (que son los que la jurisprudencia ha ido perfilando en las dos últimas décadas) la opción última sobre el alcance y el contenido de las medidas de acción afirmativa corresponde al legislador democrático, no a la Corte Suprema. Ésta es la principal crítica que algunos autores (114) formulan contra los jueces del ala conservadora de la Corte Suprema, que últimamente son mayoría dentro del Tribunal: critican duramente su activismo en contra de las medidas de acción afirmativa. Donde la Constitución no se ha pronunciado a favor o en contra de una opción concreta en esta materia, se pronuncian los jueces conservadores, rechazando con un razonamiento no siempre basado en argumentos jurídicos las medidas de acción afirmativa, usurpando de este modo un papel que sólo el legislador democráticamente elegido está legitimado para asumir. O bien, para determinar si una norma constitucional firmemente establecida (como la prohibición de acciones motivadas por un ánimo racista) ha sido violada aplican reglas de prueba demasiado difíciles de satisfacer por el demandante, con lo que aquella prohibición queda convertida en muchas ocasiones en papel mojado.

\* \* \*

---

(113) «Los que redactaron la Cláusula [*equal protection clause*] se proponían atacar ciertas consecuencias de la esclavitud y del prejuicio racial, pero es improbable que intentasen proscribir toda clasificación racial o que esperasen que el resultado de lo que expresaban fuera una prohibición tal. Proscribieron todo tipo de prácticas que violaran la igualdad, pero dejaron que fuesen otros quienes, de tiempo en tiempo, decidieran qué era lo que aquello significaba» (R. DWORKIN: *Op. cit.*, pág. 331 de la versión española).

(114) D. CHANG: *Op. cit.*, pág. 842. *Vid.* también R. SIEGEL: *Op. cit.*, en especial págs. 1141 y sigs.

## *NOTAS*

