

Cuestiones Constitucionales

José Ramón Cossío D

La constitucionalidad de las acciones afirmativas en la jurisprudencia estadounidense

Jefe del Departamento de Derecho del ITAM..

El pasado 23 de junio, la Suprema Corte de Estados Unidos falló dos importantes casos relacionados con la constitucionalidad de las acciones afirmativas (affirmative actions). La importancia de la resolución estribó en una variedad de elementos: el carácter polémico de las acciones para favorecer de manera expresa a ciertas minorías; el carácter polémico de las decisiones tomadas por los tribunales federales, y en especial de la Suprema Corte, para sustentar su constitucionalidad o inconstitucionalidad; las consecuencias que tales acciones tienen en términos del progreso de ciertos grupos sociales considerados minoritarios o marginales; la tensión que se establece respecto de aquellos que se ven "desplazados" por la decisión y, particularmente, el hecho de que un pronunciamiento frontal respecto de esta modalidad de política pública haya tenido que darse en una Corte (la Rehnquist), que se ha caracterizado por sostener opiniones contrarias a la filosofía que anima, entre otros casos, a las affirmative actions.

1 Por acciones afirmativas se entienden las políticas públicas dirigidas a lograr el acceso "privilegiado" a empleos, centros educativos o bienes en general, de los miembros de ciertos grupos "protegidos" a fin de compensar la discriminación que en el pasado hubieren sufrido por parte de la sociedad. En su lógica, estas acciones tratan de ir más allá de la mera igualdad formal ante la ley, para tratar de introducir correctivos por las acciones que la sociedad en su conjunto haya realizado respecto de colectivos específicos. Es importante distinguir aquí entre las acciones encaminadas a evitar que los miembros de colectivos como los apuntados sean discriminados por sus preferencias étnicas, religiosas, sexuales, o cualquier otra, de las encaminadas directamente a lograr que los miembros de esos mismos grupos reciban un trato positivo preferente en determinadas circunstancias. Soluciones jurídicas del primer tipo, las encontramos en preceptos como el párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución mexicana, o como en la vigente Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ello con la excepción que más adelante veremos.

2 Las soluciones del segundo tipo, comenzaron a darse en Estados Unidos como formas de reglamentar la Civil Rights Act de 1964, mismas que fueron seguidas por acciones ejecutivas que, a su vez, terminaron siendo convalidadas por los tribunales.

En 1971, al resolver el caso *Griggs v. Duke Power Company*,

3

la Suprema Corte sostuvo que no era adecuado considerar como único criterio de admisión a un cargo las pruebas de aptitud y los resultados de los exámenes del bachillerato (high

school), pues ello daba lugar a un impacto racial diferenciado respecto de los afroamericanos, a menos de que el empleador pudiera demostrar que la realización del trabajo o las necesidades del negocio, debían llevar a la contratación mayoritaria de trabajadores blancos.

4 El criterio de Griggs fue sostenido por una pluralidad de tribunales federales y, a partir de ahí, comenzaron a establecerse nuevas modalidades de regulación de las relaciones laborales, también lo es que comenzaron a darse diversos cuestionamientos en torno a su fundamento constitucional. Ello se debió a que al tratar de trascender la mera igualdad formal, tuvo que considerarse que las acciones afirmativas afectan a los derechos de igualdad (equal protection of the laws), al extremo que desde ahí se construyeron prácticamente todos los ataques a sus diversas formas de instrumentación. Al introducirse el llamado Bill of Rights, en la V enmienda se dispuso que nadie podría ser privado de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. Esta disposición se entendió aplicable únicamente respecto de las autoridades federales,

5

por lo que después de la guerra civil (1868) se introdujo la enmienda XIV a efecto de que una disposición muy semejante resultara aplicable respecto de los estados.

6 Con fundamento en una u otra enmienda, se han cuestionado las affirmative actions, específicamente por considerar que dan lugar a una discriminación inversa en contra de quienes no forman parte de los grupos protegidos.

La primera y, tal vez, más conocida resolución, se dio en 1978 al resolverse el caso Regents of the University of California v. Bakke.

7 Este se suscitó cuando Bakke, junto con otros 2 663 estudiantes, solicitaron su admisión a una de las 100 plazas de la carrera de medicina en la Universidad de California en Davis, y de ellas 84 fueron otorgadas como resultado de los exámenes, y 16 tomando en cuenta criterios especiales de admisión. Bakke, quien había obtenido en su examen un resultado superior al de los 16 admitidos, presentó una demanda considerando que se había violado en su perjuicio la Civil Rights Act, en tanto ésta prohibía preferencias raciales o étnicas en instituciones que contaran con el apoyo de fondos federales.

En una votación dividida, la Suprema Corte resolvió, dando lugar a un criterio de larga aplicación, que si bien podían establecerse algunos criterios a efecto de lograr una mejor posición de quienes tradicionalmente se habían encontrado en una situación de desventaja, no resultaba posible hacerlo mediante la fijación de cuotas fijas absolutas, lo cual no impidió que en otros casos aceptara algunas modalidades de ellas respecto de la asignación de empleos.

8 Los criterios fuertes de sustento de las acciones afirmativas comenzaron a ser cuestionados desde la Suprema Corte, cuando ésta decidió en 1989 alterar el sentido de la carga de la prueba de la discriminación, y considerar que si el trabajador la alegaba, a él correspondía demostrarla.

9 Esta inversión produjo, desde luego, un cambio radical en las condiciones de

demostración de la discriminación, pero también de las condiciones de eficacia de las acciones afirmativas, pues el sustento de éstas quedaba, prácticamente, en manos de quien se encontrara en condiciones de desigualdad o discriminación, lo cual resulta sumamente difícil de acreditar para quien se encuentra en una posición marginal.

10 Siguiendo con esta línea de argumentación, en 1989 la Suprema Corte resolvió el caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*,¹¹ estableciendo la inconstitucionalidad de una ordenanza de esa ciudad que daba preferencia en la asignación de contratos municipales a las empresas propiedad de miembros de las minorías.

12 Ya en el ámbito educativo, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito declaró en 1996
13 que la política de admisiones de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas no debía ser sensible a las condiciones minoritarias, y que la decisión de *Bakke* no le obligaba, pues el precedente del caso debía ser *Croson*.

Es en este contexto que se dan los casos que fueron resueltos en junio del presente año por la Corte Suprema y que, de alguna manera, han clarificado algunos de los problemas y preocupaciones que se venían suscitando acerca del estatus constitucional de las affirmative actions. Los hechos de los casos resueltos se dieron en relación con la Universidad de Michigan, pero por ser diversos en varios aspectos, conviene tratarlos por separado. Por una parte, se presentó un problema en relación con el programa de admisiones de la Escuela de Derecho, encaminado a lograr una integración racial diversificada, específicamente porque autoriza a las personas encargadas de la admisión de estudiantes una selección a partir de una variedad de criterios ("duros", como las calificaciones o los resultados de las evaluaciones, o "blandos", como sus entusiasmos o los ensayos redactados), respecto de cada uno de los solicitantes. Al ser rechazada la solicitud de Barbara Grutter, ésta demandó por considerar que los factores de raza habían sido un factor predominante, y que por tal motivo se había violado en su perjuicio lo dispuesto en la enmienda XIV. En un fallo aprobado por mayoría de cinco votos, la Suprema Corte sostuvo que la búsqueda de diversidad en la integración del cuerpo estudiantil, era un fin que podía justificar los criterios étnicos en la política de admisiones, pues con ello se producían muy diversos y benéficos fines para los estudiantes. Estableció que la forma en que se llevaba a cabo la calificación resultaba constitucional, pues no se realizaba ningún tipo de segmentación por clase o grupo social, sino que únicamente se adicionaba un plus a ciertos alumnos integrantes de minorías al momento en que se consideraba su caso individual.

El segundo caso a considerar, se presentó respecto a la admisión de dos estudiantes blancos residentes del estado en el nivel de undergraduate. El ingreso al mismo se otorga a los alumnos que obtengan más de 100 puntos, ello a partir de la valoración de sus calificaciones del bachillerato, los resultados de ciertas pruebas comunes, su currículum, su domicilio, etc. Si embargo, respecto de los afroamericanos, los hispanos y los indios, la Universidad les otorga 20 puntos por su sola pertenencia étnica, al considerarlos miembros "minorías subrepresentadas".

Dos de las personas rechazadas, Gratz y Hamacher, promovieron una class action, considerando que la preferencia por razón de raza violaba en su perjuicio la equal protection clause prevista en la enmienda XIV, y otras disposiciones legales de carácter

federal. Los demandados alegaron que la Suprema Corte aceptaba desde Bakke la existencia de criterios de raza para lograr algunos fines, y que ellos se habían aplicado en el interés por lograr una amplia diversidad étnica en su programa. El primer problema a resolver, fue el relativo a si en el caso existía un perjuicio (injury in fact), toda vez que los estudiantes no mantenían su interés en inscribirse en la Universidad de

Michigan. A ello respondió la Corte que sí, pues lo relevante era demostrar si se había o no denegado el tratamiento equitativo, y no si se había podido o no obtener el beneficio de inscripción escolar. Resuelto este tema, el fondo del caso tuvo que ver con la reclamación de las estudiantes en el sentido de que al existir elementos fundados en la raza, no se les otorgó la misma oportunidad de acceso que a otros solicitantes, ello a pesar de que los miembros de minorías con más bajos resultados, sí tuvieron esa posibilidad. Por una mayoría de cinco votos contra cuatro, la Corte se pronunció en el sentido de que la asignación de los 20 puntos (una quinta parte de los requeridos para lograr la admisión) por razones de raza, sí resultaban inconstitucionales, debido a que no se consideraban elementos particulares de los solicitantes, sino que la asignación se llevaba a cabo de manera genérica. Lo importante en este caso resulta, a diferencia del de Grutter, que si bien es cierto que se admite que las autoridades estatales pueden buscar la realización de fines de integración a través de ciertas políticas de admisión, éstas no pueden ser construidas sin atender a la especificidad del sujeto solicitante.

Con independencia de cuáles sean los resultados concretos de los casos resueltos, así como de la interesante extensión y reformulación que del caso Bakke ha venido haciendo la Suprema Corte, conviene recordar que el proceso de formación del fallo ha sido uno de los más intensos que se ha dado en Estados Unidos. Por una parte, los casos han recibido la mayor cantidad de opiniones por la vía del amicus curiae, lo cual demuestra el interés de la comunidad en general, y no sólo el de las partes en el litigio, por participar en la construcción de las resoluciones de la Corte. Por otro lado, e igualmente importante, es la variedad de instituciones y argumentos que fueron presentados, destacando algunos de los expresados por los miembros de las Fuerzas Armadas o algunas de las industrias más importantes del país, en el sentido de que la composición plural de las universidades habría de trasladarse a los centros de trabajo, lo cual habría de significar una menor fricción social y más altas tasas de productividad, por ejemplo. En otros términos, al resolverse los dos casos apuntados, no se dejó que sólo la Suprema Corte y las partes construyeran los elementos significativos de la litis a resolver, sino de manera mucho más amplia y plural, fueron diversos miembros de la sociedad los que participaron en la definición de una política pública de importantes consecuencias para el futuro de la vida de Estados Unidos. Así, aun cuando la Corte tuvo la facultad final de decisión, los grupos organizados de la sociedad ejercieron la atribución de presentar sus argumentos en el proceso y, de esa manera, hacer valer sus visiones antes de que la resolución fuera dictada.

Si bien es cierto que hasta la fecha en México no hemos iniciado el camino de esta modalidad de apoyos en razón a la pertenencia de los individuos a ciertos grupos sociales considerados marginados, conviene tener en cuenta la experiencia de quienes sí lo han hecho.

El párrafo tercero de nuestro actual artículo 1 otorga un derecho fundamental a los

habitantes del territorio nacional para que no sean discriminados por diversos motivos, mientras que el apartado B del artículo 2 dispone de qué manera habrán de darse cierto tipo de apoyos a los indígenas para que salgan de la situación de atraso en que se encuentran. Mientras en el primer caso el precepto constitucional en vigor se construyó de manera tal que se eviten las discriminaciones, y no directamente se apoye con medidas positivas a los discriminados, es posible que en el futuro se intenten nuevas medidas para lograr apoyos positivos del tipo que acabamos de mencionar para Estados Unidos; igualmente, y dentro de la lógica del apartado B del artículo 2, es posible que se busquen soluciones alternativas en favor de los indígenas, mismas que, para algunos, podrían consistir en el otorgamiento de apoyos específicos en los términos apuntados. Conocer cómo se han resuelto en Estados Unidos problemas como los mencionados, puede servirnos para guiar y racionalizar las discusiones de quienes se encuentren a favor o en contra de la adopción de tales soluciones

1 Para una visión general de estas críticas, Schwartz, H. (ed.), *The Rehnquist Court. Judicial activism on the right*, New York, Hill & Wang, 2002.

2 Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2003. Ello a diferencia de, por ejemplo, el proyecto de ley preparado bajo la dirección de Gilberto Rincón Gallardo al frente de la Comisión en contra de la Discriminación.

3 401 U. S. 424 (1971).

4 El criterio sostenido por Burger consistió en considerar que una vez que el demandado había logrado acreditar razonablemente la existencia de una práctica que lo discriminaba en tanto miembro de un grupo, la carga de la prueba recaía en el patrón a efecto de demostrar que la situación denunciada derivaba de una necesidad laboral (*business necessity*).

5 *Barron v. Baltimore*, 32 U. S. (7 Pet.) 243 (1833).

6 Orth. J. V., *Due Process of Law*, Lawrence, University Press of Kansas, 2003.

7 438 U. S. 265 (1978).

8 Por ejemplo, *United Steelworkers of America v. Weber* 443 U. S.

193 (1979); *Fullilove v. Klitznick* 448 U. S. 448 (1980).

9 *Ward's Cove Packing Company v. Atonio*, 490 U. S. 642 (1989).

10 Para una consideración crítica de este asunto, cfr. Taylor, W. L.

"Racial equality: The world according to Rehnquist", *The Rehnquist Court*, pp. 45 y ss.

11 488 U. S. 469 (1989).

12 Sin embargo, esta decisión no se mantuvo en los mismos términos al resolverse un caso

posterior, *Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission*, 110 S. Ct. 2997 (1990).

13 *Hopwood v. Texas*, 78 F. 3d. 932, cert denied, 116 S. Ct. 2581 (1996). Adicionalmente, aquí se estableció que los errores o las prácticas cometidas o permitidas por un departamento gubernamental, no debían ser corregidas por otro, con lo cual se rompió el criterio de integridad establecido en el caso *Brown*.