

Más allá del principio antissubordinación

Lucas S. Grosman¹

1. Introducción

La estatura de un intelectual no puede medirse con prescindencia de la importancia y complejidad de los problemas que ha elegido encarar. Owen Fiss ha dedicado su atención a algunas de las cuestiones jurídicas más importantes de las últimas décadas, y no solo en su comunidad; entre otras cosas, ha analizado qué demanda el Derecho en material de integración racial, qué tipo de intervención estatal es admisible en aras de promover un debate público más robusto, cuál es el papel que deben jugar los jueces en una democracia constitucional y cuáles son los límites que el Gobierno debe respetar en su lucha contra su actual enemigo.

Cierta vez oí confesar a un colega de Fiss que el tema sobre el que escribía ya le importaba bastante poco, y era antes que nada una excusa para su despliegue intelectual. Muchas veces, solo estaba respondiendo, como en un juego, a la última movida de su rival de ocasión. La actitud de Fiss es precisamente la opuesta. Él no ha elegido abocarse a tal o cual tema porque satisficiera las demandas y los gustos del mercado académico, sino porque sentía que ese era su deber moral. Su pasión y convicción, por ello, permean cada palabra que ha escrito.

Esto, creo, es especialmente cierto respecto de la primera gran cuestión que analizó Fiss: el derecho constitucional a la igualdad. Su trabajo ha sido tan influyente que aún hoy, 40 años después, su interpretación de la igualdad sigue siendo la principal alternativa al enfoque predominante.

¹ Director del Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. Agradezco por sus comentarios a Owen Fiss, Sebastián Elias, Julio C. Rivera (h), Carlos Rosenkrantz y, en general, a los participantes del SELA 2014 que me hicieron preguntas o comentarios durante la sesión en la que se discutió este trabajo.

La vigencia del debate sobre la igualdad en el que Fiss intervino y cuyos contornos en buena medida trazó no puede ponerse en duda. Cuando se celebraron las audiencias ante la Corte Suprema en el caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action (Schuette)*, un sitio de noticias informó que “un abogado que también alegó en apoyo de la *Coalition to Defend Affirmative Action* . . . exhortó a los jueces a darle a la cláusula de igualdad nuevamente el sentido y propósito con el que fue concebida, esto es, proteger los derechos de las minorías frente a la mayoría blanca, lo que no pasó en este caso”.² Es imposible, en la actualidad, escindir esta argumentación de la formulación de la igualdad de Fiss.

Ese será el tema en el que se centrará el presente trabajo. Comenzaré describiendo de manera general la posición de Fiss en contraposición al enfoque predominante, que concibe la igualdad como una prohibición de la discriminación. Luego analizaré el modo en que cada una de estas dos visiones encara las acciones afirmativas en la educación, con especial referencia a *Schuette*, la decisión más reciente de la Corte Suprema al respecto. Me detendré en el intento de la jueza Sotomayor de encuadrar esta cuestión en la doctrina del proceso político; alegaré que ello no resulta convincente y que la solución a la que quiere arribar la jueza Sotomayor es difícil de alcanzar sin recurrir a una reformulación de la igualdad del estilo de la propuesta por Fiss. En este sentido, el intento de Sotomayor de esquivar la pregunta más básica –si el principio antidiscriminación es la mejor interpretación de la igualdad– no puede ser exitoso. Scalia, en cambio, sí analiza esta pregunta básica, pero lo hace solo para subrayar los aspectos del principio antidiscriminación más hostiles a las acciones afirmativas. La lectura de la igualdad que Scalia propone es estrecha y no deja ningún espacio para contemplar el estatus de los grupos sociales. Según argumentaré, tal lectura no es plausible. Finalmente, exploraré los límites del principio antilibertad, y sugeriré un marco alternativo en el cual no solo las acciones afirmativas, sino también los sacrificios que ellas involucran, pueden ser vistos a través del prisma de la igualdad. Esta parte final, me temo, será más bien tentativa y exploratoria.

² NBC News, <http://www.nbcnews.com/news/other/supreme-court-takes-affirmative-action-michigan-ban-case-f8C11399588>.

2. Dos visiones de la igualdad

La sección primera de la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos declara que “[ningún estado] denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de la ley.” La interpretación dominante de este texto es que constituye una protección frente a la discriminación arbitraria del Estado. En su seminal artículo de 1976 “Groups and the Equal Protection Clause”³, el profesor Fiss llama a este enfoque el principio antidiscriminación, al que contrapone a un principio rival, preferido por Fiss: el principio contra la desventaja grupal, anticasta o antisubordinación.

Para el principio antidiscriminación, es crucial que los jueces determinen cuándo una distinción es arbitraria. La visión convencional es que esto depende de un análisis de racionalidad medio-fin: una acción estatal es contraria a la igualdad si realiza una distinción que no califica como medio racional para alcanzar el fin que propugna.

Esta racionalidad medio-fin es el corazón del principio antidiscriminación, pero no lo agota. El análisis incluye asimismo (a) el criterio en el que se basa la distinción y (b) la legitimidad del fin estatal, ya que por más idónea que sea la distinción para alcanzar un fin, ella será contraria a la igualdad si el fin no es legítimo. Este análisis en dos pasos conforma, según Fiss, la superestructura del principio antidiscriminación.⁴

Como corolario de este enfoque, se entiende que algunos criterios de distinción son tan poco idóneos para alcanzar cualquier fin estatal legítimo que constituyen categorías sospechosas. Cuando ello ocurre, procede un escrutinio estricto: solo un interés estatal insoslayable podría justificar la distinción. Lo mismo sucede si la distinción afecta derechos fundamentales.⁵

³ 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976). En adelante, “Groups.”

⁴ *Id.* p. 111-2. Pero esta superestructura no siempre es fácil de acomodar con la estructura: véase, *id.* p. 143 (donde se arguye que la Corte Warren, al introducir una segunda causal de escrutinio estricto —la afectación de derechos fundamentales— introdujo un ranking de fines que excede el mero análisis medio-fin.).

⁵ *Id.* p. 113-6.

Para esta concepción, los casos paradigmáticos son aquellos en los que la inadecuación de la distinción es evidente en sus propios términos, ya que no puede servir el fin que se propone alcanzar. Estos son casos virtualmente de contradicción lógica, que como tales invitan a concebir la igualdad de manera mecánica, autosuficiente y neutral. Así, puede advertirse una fuerte conexión entre el principio antidiscriminación y una visión restrictiva del rol de los jueces.

El principio antidiscriminación encara toda distinción con suspicacia, con una presunción de invalidez de fuerza variable que podrá ser rebatida si se demuestra que esa distinción logra alcanzar de manera precisa un interés estatal suficientemente importante. Para este enfoque, el valor último es la neutralidad, y en particular la neutralidad del Estado, que no puede tratar a las personas de manera diferente en función de sus propias preferencias. Ciertas características, como la raza, no constituyen una diferencia relevante entre las personas, y de allí la metáfora de la “ceguera racial” que se encuentra en el núcleo del principio antidiscriminación. En consecuencia, para el principio antidiscriminación en su forma pura,⁶ una ley que distingue a los miembros de un grupo desaventajado para denegar a sus miembros determinada oportunidad de la que el resto goza es indistinguible de otra que recurre a la misma clasificación para tratar a ese grupo de manera preferencial. La ceguera racial corta todas las clasificaciones con la misma hoja.

Esta, dice Fiss, no es la intención que animó la sanción de la cláusula de igualdad, y mucho menos el alcance que hoy debe dársele. El principal propósito de la cláusula, arguye Fiss, es proteger a los grupos desaventajados frente a las normas que perpetúan su estatus social subordinado.⁷ Esto se aplica especialmente a los negros, “la eterna clase subyugada de Estados Unidos.”⁸

⁶ Esto es, sin extender su alcance mediante una redefinición de interés estatal. Véase Fiss, *Groups* p. 124.

⁷ Fiss, *Groups* p. 157.

⁸ *Id.* p. 150. En *Another Equality*, en *Issues in Legal Scholarship. The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, www.bepress.com/ils/iss2/art20 (2004), Fiss acalara, en respuesta a sus críticos, lo que entiende por “perpetuo”: no que los negros serán por siempre una clase subordinada, sino que lo han sido hasta ahora.

En consecuencia, el trato preferencial a los negros no es problemático desde el punto de vista del principio antisubordinación.⁹ No solo lo permite, sino que incluso podría exigirlo, si el Derecho evolucionara en esa dirección.¹⁰ Las acciones afirmativas operan como un modo de modificar la estructura de castas al mejorar la posición relativa de los miembros del grupo, y en consecuencia del grupo mismo.¹¹ Es, por ello, emblemático del principio antisubordinación.

En el marco del principio antidiscriminación, en cambio, el trato preferencial a los miembros de grupos subordinados es un arduo desafío, tanto conceptual como normativo.¹² Esto no necesariamente quiere decir que los tribunales que operan dentro de este esquema hayan rechazado las acciones afirmativas, pero la base para aceptarlas, cuando lo hacen, tiende a ser débil y forzada. Cabe decir, en este sentido, que la interpretación de la igualdad propiciada por el principio antidiscriminación ha llevado a los jueces a encarar las acciones afirmativas mediante las preguntas incorrectas. En *Schuette*, la cita más reciente de la Corte Suprema con las acciones afirmativas, este déficit puede advertirse con singular claridad.

3. *Schuette*: La doctrina del proceso político y sus limitaciones

En *Schuette*, la Corte Suprema analizó si la Propuesta 2 de Michigan era compatible con la cláusula de igualdad. La Propuesta 2, que modifica el artículo 26 de la Constitución estadual, prohíbe que las universidades del Estado tengan en cuenta la raza en su proceso de admisión.

⁹ *Groups* p. 171-2.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Fiss, *Affirmative Action as a Strategy of Justice* (en adelante, “*Affirmative Action*”), 17 *Phil. & Pub. Aff.* 37 (1997). Allí, Fiss rechaza la idea de que lo que justifica las acciones afirmativas es el intento de compensar injusticias pasadas, ya que no hay identidad entre los beneficiarios de las acciones afirmativas y las víctimas de la segregación. Como explicaré más adelante, Fiss también descarta que la diversidad sea una justificación adecuada de las acciones afirmativas.

¹² Fiss, *Another Equality* p. 3.

En *Regents of the University of California v. Bakke (Bakke)*, la Corte había dicho que las universidades podían tener en cuenta la raza, junto con otros criterios, siempre que no previeran cuotas raciales. Contra el enfoque promovido por Fiss, al respaldar la constitucionalidad de las acciones afirmativas, la Corte se apoyó en la importancia de la diversidad o, más bien, en la potestad de las universidades de evaluar si la diversidad era importante y cómo podía ser alcanzada. Así, no se concibió a las acciones afirmativas como un instrumento de la igualdad, sino todo lo contrario: prima facie, eran sus enemigas, ya que la igualdad, entendida como el principio antidiscriminación, se veía jaqueada si se distinguía a las personas en función de su raza.

Para quienes defienden las acciones afirmativas sobre la base de que ellas traen diversidad a las aulas, probablemente resulte seductor el hecho de que esta justificación alcanza tanto a blancos como a negros: en teoría, unos y otros se benefician con la mayor diversidad. Pero Fiss sostiene, sin titubear, que la diversidad es una justificación inadecuada de las acciones afirmativas, “ya que carece de la fuerza normativa necesaria para dar cuenta de los costos inevitables en todo sistema de trato preferencial.”¹³

Más aún, esta justificación basada en la diversidad, dice Fiss, pierde sentido en contextos distintos del educativo, como el laboral. Y aun en las universidades, no logra explicar por qué se favorece a los negros pero no a los miembros de otros grupos sub-representados, como por ejemplo ciertos grupos religiosos.¹⁴

Los tribunales estimaron que la diversidad era suficientemente importante como para resistir el daño presunto a la igualdad, pero el asunto se encuadró de manera tal que, desde la óptica del principio antisubordinación, resulta paradójal —¿cómo puede ser que una práctica pensada para promover la igualdad se presuma contraria a ella?— y frágil. La igualdad es un mandato constitucional, no así la diversidad educativa; por ello, su prosecución, por más importante que la consideren las autoridades universitarias, difícilmente pueda resistir los ímpetus de una mayoría decidida.

¹³ *Affirmative Action* p. 37.

¹⁴ *Id.*

No los resistió. En *Schuette*, en efecto, la Corte falló que la Propuesta 2 no violaba la igualdad. Esta decisión no puede sorprendernos a la luz del paradigma predominante. Si distinguir en función de la raza es prima facie contrario a la igualdad y la diversidad educativa no está respaldada por un derecho constitucional, entonces una comunidad política puede optar por prohibir esa práctica en el contexto de la admisión a las universidades estatales.

Sin embargo, existe una línea de precedentes que, potencialmente, podría preservar la capacidad de los consejos universitarios de decidir si implementan acciones afirmativas. La Jueza Sotomayor, con el voto concurrente de la Jueza Ginsburg, escribió una disidencia basada en esta línea jurisprudencial, y en la doctrina del proceso político que deriva de ella. Según Sotomayor, la cláusula de igualdad no solo prohíbe la discriminación; también “asegura a todos los ciudadanos el derecho a participar de manera significativa e igualitaria en el autogobierno.” La reforma analizada en *Schuette*, para ella, aparece así como el intento más reciente de una mayoría de coartar ese derecho.¹⁵ El contexto histórico es revelador. Al comienzo, algunos estados directamente privaron a las minorías raciales de su derecho al voto.¹⁶ Como la Corte intervino y declare que ello era inconstitucional,¹⁷ las mayorías insistieron: introdujeron exámenes de lecto-escritura,¹⁸ manipularon los distritos electorales,¹⁹ exigieron distintos requisitos, impusieron impuestos al voto y otros mecanismos sutiles que afectaban de manera tendenciosa a las minorías raciales.²⁰ En ese contexto, la Corte Suprema estableció la doctrina del proceso político, cuyos fundamentos, según Sotomayor, yacen en dos decisiones: *Hunter v. Erickson (Hunter)* y *Washington v. Seattle (Seattle)*.

¹⁵ Voto disidente de Sotomayor, p. 1. (Citaré las opiniones en *Schuette* siguiendo la numeración de cada voto).

¹⁶ Idem. Texas, por ejemplo, sancionó una ley que prohibía que las minorías raciales participaran en elecciones primarias.

¹⁷ Sobre el caso de Texas, ver *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536.

¹⁸ Así, Oklahoma sancionó una ley que establecía exámenes de lecto-escritura, pero con una “cláusula del abuelo” que, de hecho, exceptuaba a muchos blancos de ese examen. Ver voto de Sotomayor, p.7.

¹⁹ Alabama, por ejemplo, rediseñó los límites de las ciudades a tal efecto. Ver idem, p. 8.

²⁰ Ver voto de Sotomayor.

En *Hunter*, la reforma en cuestión disponía que para que se dictara una ordenanza en materia habitacional en Akron, Ohio, que prohibiese la discriminación racial era necesaria la aprobación tanto del Concejo Deliberante (*City Council*) como de la mayoría de los votantes, mientras que en el caso de cualquier otra ordenanza habitacional, incluidas aquellas que prohibiese la discriminación por otra causa, bastaba la aprobación del Concejo Deliberante.

Esta reforma efectivamente modificaba el mecanismo de aprobación, y tornaba más dificultoso que se sancionara cierto tipo de normas. La Corte entendió que esto afectaba la igualdad; para Sotomayor, esta conclusión se aplica a *Schuetz*. Creo, sin embargo, que la analogía es débil. Supongamos que, en lugar de dificultar la sanción de normas antidiscriminatorias, la reforma a la *City Charter* directamente hubiese declarado que estaba permitido discriminar por razones religiosas o raciales. También en este caso podría decirse que la reforma haría que fuese especialmente dificultoso para las minorías raciales o religiosas obtener la sanción de ordenanzas antidiscriminatorias, ya que deberían modificar la *City Charter* (lo cual es más difícil que sancionar una ordenanza). Sin embargo, nos resistiríamos a plantear este caso en términos de proceso político. En el caso *Hunter* real, el proceso político efectivamente había sido modificado, pero no en este caso hipotético. Aunque no hay dudas de que la reforma en este segundo caso sería inconstitucional, la doctrina del proceso político no sería el modo adecuado de llegar a esa conclusión. La reforma de la *City Charter*, como cualquier otra reforma, tornaba políticamente más difícil volver al *statu quo ante*, pero eso no basta para dar lugar a un problema de proceso político.

Entiendo que la reforma involucrada en *Schuetz* es análoga a la del *Hunter* hipotético, no a la del real. Aunque, como dice Sotomayor, la Propuesta 2 dificulta que las minorías logren promover las acciones afirmativas, esto es trivialmente cierto. La Propuesta 2 dificulta la promoción de las acciones afirmativas sencillamente porque *prohíbe* las acciones afirmativas. La cuestión, entonces, es si tal prohibición es constitucional en su sustancia.

La doctrina del proceso político tiene sentido solo en la medida en que se aplica a normas que procuran obtener de manera indirecta algo que las mayorías no podrían establecer de manera más clara por la intervención real o potencial de la Corte Federal. La doctrina del proceso político es, típicamente, un mecanismo contra las normas de “segunda vuelta” o de “segundo orden.”²¹ Manipular los distritos electorales es un modo más sutil de restarle poder político a las minorías que directamente negarles el voto; de modo similar, en *Hunter*, las mayorías locales dificultaron la sanción de normas antidiscriminatorias como una alternativa a prohibir tales normas, lo cual más probablemente despertaría la censura federal. *Schuette* no es un caso de tales características: la Propuesta 2 declara, sin rodeos, que las universidades no pueden realizar acciones afirmativas.

Tal norma debe ser impugnada por su sustancia. En tal medida, *Schuette* se asemeja a la Modificación 2 de Colorado, cuya constitucionalidad se discutió en *Romer v. Evans*²². Sotomayor, de hecho, afirma que *Romer* se ve alcanzado por la doctrina del proceso político,²³ ya que prohibir la legislación antidiscriminatoria afecta dicho proceso. No fue así, sin embargo, como la Corte Suprema optó por encarar el caso, pese a que la corte inferior lo había encuadrado como si *Hunter* fuese aplicable. Para la Corte Suprema, el punto crucial era que la Modificación 2 privaba a los homosexuales de la protección básica de la que el resto disfrutaba. Violaba la igualdad en el sentido más directo.

Una reforma constitucional que establezca que la legislación a favor de la igualdad racial requiere de una mayoría especial debe ser distinguida de otra que prohíbe que los funcionarios públicos fomenten la igualdad racial. El segundo caso debería ser más fácil que el primero, y sería paradójico plantear al caso más sencillo como una instancia a fortiori del caso más difícil, y no al revés.

²¹ I.e., segundos intentos de alcanzar un resultado que la Corte Federal no permitió cuando se planteó de manera menos sutil. Aunque estos segundos intentos con frecuencia resultan del fracaso de un primer intento, no apunto a marcar un orden cronológico sino conceptual: las leyes de segunda vuelta bien pueden ser el primer intento, en la medida en que el fracaso de la legislación más directa y menos sutil fuese previsible.

²² 517 U.S. 620 (1996).

²³ Voto de Sotomayor, p. 36.

Desde ya, lo que explica los intentos de expandir la doctrina del proceso político más allá de lo que parecerían ser sus límites razonables es precisamente la sensación de que no es claro, desde el punto de vista jurídico, que la situación bajo análisis sea inconstitucional. Más allá de cuáles sean sus virtudes estratégicas, encuentro estos intentos poco convincentes. La doctrina del proceso político presupone que la legislación en cuestión no podría alcanzar aquello que busca de una manera menos sutil. Invalidar una norma que obligue a las minorías a aprobar un examen sesgado para poder votar presupone que privar directamente a esas minorías de su derecho al voto sería ilegal. De modo similar, atacar a una reforma de la constitución estadual que exige una mayoría agravada para sancionar legislación contra la discriminación presupone que prohibir tal legislación sería inconstitucional –sería el caso más fácil. Si la doctrina del proceso político es, como dije, un intento de alcanzar normas de “segunda vuelta” o “segundo orden”, en tal carácter presupone que sería inválido procurar ese mismo resultado de maneras más directas y menos sutiles. Si ello no resulta cierto o claro desde el punto de vista jurídico, la doctrina del proceso político resulta inadecuada para proveer la tracción normativa faltante.

Sotomayor procura presentar a la Propuesta 2 como una reestructuración del proceso político, en lugar del resultado de ese proceso, enfatizando que, antes de esa Propuesta, los funcionarios universitarios eran los únicos que decidían si realizaban acciones afirmativas o no y, supuestamente, resultaba más fácil para las minorías persuadir a esos funcionarios que modificar la constitución estadual. Este razonamiento resulta forzado. Toda norma puede ser reconstruida como una orden o una prohibición destinada a un funcionario estatal (como sugiere Kelsen en su Teoría pura del derecho y el Estado). Si siguiésemos a Sotomayor, toda norma, en la medida en que ordena o prohíbe algo a un funcionario, cambia el proceso político, ya que ese funcionario debería hacer algo que antes no debía hacer o debe dejar de hacer algo que antes hacía. Esto se aplicaría incluso a una reforma constitucional que estableciese que “el Congreso no sancionará leyes que limiten la libertad de expresión”. Afirmar que esto cambia el proceso político (ya que, por ejemplo, ciertos grupos a favor de la censura ahora deberían movilizarse para reformar la Constitución) no parece particularmente significativo. No es, más aun, un modo provechoso de analizar que está bien y que está mal en relación con tal reforma.

No estoy negando que la norma analizada en *Schuette* sea diferente por sus connotaciones raciales; pero esta diferencia debe ser capturada por un estándar que se centre en la sustancia de dicha ley –por ejemplo, en su impacto en el estatus de las minorías— antes que en el modo en que afecta las dinámicas políticas.

Es cierto, no obstante, que *Hunter*, especialmente el voto concurrente de Harlan, utiliza un lenguaje más amplio. De acuerdo con Harlan, se viola el Derecho a la igual protección cuando “el Estado asigna el poder gubernamental de manera no neutral, mediante el uso explícito de la naturaleza racial de la decisión para determinar el procedimiento de adopción de esa decisión. . . , lo cual torna que sea más dificultosa para ciertas minorías raciales y religiosas que para otros miembros de la comunidad la sanción de legislación en su interés.”

Este lenguaje más amplio, por las razones expresadas arriba, es un *obiter* en *Hunter*. Pero se convierte en el *holding* de *Seattle*. La Iniciativa 350 de Seattle proscribía que se trasladara a los escolares en ómnibus a escuelas más lejanas por razones raciales. Esta prohibición era una respuesta al uso intensivo de ese mecanismo por parte de las autoridades escolares como un modo de promover la integración racial. Así, en *Seattle*, como en *Schuette*, nos enfrentamos a una norma que prohíbe cierto tipo de acción estatal orientada a la integración racial en la educación pública. El voto plural en *Schuette* se esfuerza por distinguir *Seattle* sobre la base de que existía “un riesgo serio, acaso un propósito” de que existiera un daño causado por razones raciales²⁴. Este voto menciona también que habría cierta evidencia de que existía segregación *de jure*, citando al respecto el voto en disidencia de Breyer en *Parents Involved in Community Schools v. Seattle (Parents Involved)*²⁵, y afirma que esa acción remedial –traslado en ómnibus– no sería admisible si no existiese esa evidencia. Alega luego que el Estado de Seattle era cómplice de la violación que el traslado en ómnibus pretendía remediar, y que la decisión estatal en cuestión constituía un agravamiento de esa violación.

²⁴ Voto plural, p. 9. También tratan de distinguir *Hunter* de *Schuette* planteando que el primero implicaba “un daño demostrado que se basaba en la raza” (voto plural, p. 8).

²⁵ 551 U.S.: 701 (2007).

Scalia desestima la referencia del voto plural a la segregación *de jure* notando que *Parents Involved* –la decisión en la cual Breyer, en disidencia, mencionó tal posibilidad– databa de 2007, y por ende no podía haber sido tenida en cuenta en *Seattle*. Creo que Scalia se confunde en este punto. El voto plural, si lo estoy leyendo correctamente, sugiere que *Seattle* hoy no sería decidido del mismo modo, a menos que existiera evidencia de segregación *de jure*. Esta referencia es parte del argumento, que se hace explícito más adelante, de que precedentes ulteriores acotan *Seattle* o lo tornan inaplicable. La disidencia de Breyer en *Parents Involved* es citada solo para sugerir que tal evidencia podría existir, con lo cual, al fin y al cabo, tal vez el caso no había sido decidido de manera incorrecta.

Aunque el argumento de Scalia no sea correcto, sigue siendo cierto que son oscuras las razones por las cuales el voto plural distingue a *Schuette* de *Seattle*. El hecho de que el estado de Washington fuera cómplice del agravio, como la Corte menciona ahora, no parece figurar en el *holding* de *Seattle*, y en consecuencia su relevancia dista de ser evidente. Como Scalia y Sotomayor aducen, el voto plural reconstruye a *Seattle* de forma tal que éste resulta irreconocible.²⁶

Sin embargo, me interesa menos discutir si *Schuette* podría decidirse de acuerdo con la regla que surge de *Seattle*, como alega Sotomayor, que si *Seattle* es una interpretación adecuada de la igualdad. No digo que *Seattle* haya sido decidido de manera incorrecta; pero creo que la Corte llegó a esa solución de una manera extraña, forzando la aplicación de una doctrina –la del proceso político– que, como dije, no creo pertinente para este tipo de caso. En tal medida, la invocación de dicha doctrina en *Seattle* no reflejaría la importancia y amplitud de la igualdad, sino las limitaciones del principio antidiscriminación. La Corte prefirió hablar en términos de proceso político como una alternativa a declarar que la igualdad vedaba la Iniciativa 350 en su sustancia, lo cual, cabe pensar, la igualdad entendida como prohibición de la discriminación no admitía.

²⁶ Ver votos de Scalia y Sotomayor.

¿Era esta manera de plantear la cuestión una consecuencia de *Washington v. Davis* y su énfasis en la intención discriminatoria?²⁷ Desde ya, esa es una posibilidad. Nuevamente, lo que me interesa analizar no es necesariamente si los precedentes existentes dictaban esta solución o si la Corte en *Seattle* maniobró hábilmente para esquivar *Washington v. Davis*, sino si la adhesión al principio antidiscriminación ha llevado a la Corte a operar con un marco analítico inadecuado.

De manera similar, podría pensarse que Sotomayor ubicó a la doctrina del proceso político (en lugar de, por ejemplo, el principio antisubordinación) al frente de su análisis en *Schuette* al menos en parte por razones estratégicas.²⁸ Sea como fuere, el hecho de que ella haya elegido recurrir a la doctrina del proceso político es en sí mismo indicativo de lo difícil que resulta reconciliar las acciones afirmativas con el principio antidiscriminación. Este, claro está, es precisamente en argumento general de Fiss. *Schuette* lo confirma, al exponer la fragilidad de los intentos de expandir el principio antidiscriminación más allá de lo que su estructura resiste.

4. Los límites del principio antisubordinación

Mientras que los otros jueces de la Suprema Corte evitaron plantear *Schuette* de forma tal que la relación sustantiva entre las acciones afirmativas y la igualdad fuera el tema a decidir, Scalia (secundado por Thomas) encaró esa cuestión de la manera más directa. Su visión, por supuesto, es muy restrictiva, y se esfuerza por rechazar el principio antisubordinación y todo lo que él implica. Para Scalia, la igualdad prohíbe las acciones afirmativas, y punto.

La clave para entender su rechazo a las acciones afirmativas, *Hunter* y *Seattle* (que él dejaría de lado) y cualquier interpretación de la igualdad que sugiera el más mínimo compromiso con el principio antisubordinación se encuentra en su defensa del principio de

²⁷ Para una crítica de *Washington v. Davis* y sus implicancias, ver Fiss, “Another Equality.”

²⁸ La Sección IV A de su opinión apunta en esa dirección.

ceguera racial y el enfoque formalista de la labor judicial que este principio conlleva. De acuerdo con esta visión restrictiva, una medida como las acciones afirmativas que intenta promover el estatus social de un grupo subordinado no es compatible con la igualdad. Utilizar la raza como categoría relevante y conceder un trato preferencial en función de ella es precisamente lo que la igualdad proscribe. Más aún, Scalia rechaza que la idea de estatus grupal tenga relevancia alguna; el foco de la igualdad, insiste, es eminentemente individual.

Aunque no encuentro la posición de Scalia justificada, debe reconocerse que ella toca un punto débil del principio antisubordinación que merece ser explorado. Este principio implica una concepción asimétrica de la igualdad. Hay un aspecto de esta asimetría que se encuentra en el núcleo del principio antisubordinación: el trato preferencial a una minoría desaventajada no puede equipararse al trato preferencial a una mayoría poderosa. Pero la asimetría es más amplia, y de hecho afecta no solo el resultado, sino también el encuadramiento mismo del problema. De acuerdo con el principio antisubordinación, excluir a un postulante blanco no es siquiera un problema de igualdad. Esto no quiere decir que Fiss no advierta los sacrificios que las acciones afirmativas conllevan. Como veremos, él es plenamente consciente de ellos, pero los localiza fuera del ámbito de la igualdad.

En su temprano artículo “A Theory of Fair Employment Laws,”²⁹ Fiss identifica la prohibición de la discriminación como un rasgo central de las leyes de empleo equitativo. Esto, para Fiss, no necesariamente quería decir que ellas recogiesen el principio de ceguera racial –la raza podía ser tenida en cuenta de diversas maneras, por ejemplo a los fines estadísticos–, pero sí que aquello que constituía una violación de derechos en el caso de un negro, como por ejemplo que no se lo eligiese por su raza, también lo sería en el caso de un blanco. La prohibición de la discriminación por razones raciales alcanzaba tanto al trato preferencial como al trato perjudicial de los negros. “Preferir a un negro por su color es tan ilegal como elegir a un blanco por el suyo.”³⁰

²⁹ 38 U. Chi. L. Rev. 235 (1970-1971).

³⁰ *Idem* p. 265.

Para Fiss, en ambos casos la práctica era contraria a la equidad y la eficiencia, los valores últimos perseguidos por las leyes de empleo equitativo. Aunque el compromiso de estas leyes con estos valores le parecía innegable, su insatisfacción al respecto comenzaba a manifestarse. No fue hasta unos pocos años después, sin embargo, que ofreció un estándar alternativo, el principio antisubordinación. Como vimos, no lo hizo en el contexto específico de las leyes de empleo equitativo, sino como una glosa al derecho a la igualdad en general.

Hay ciertas particularidades del contexto laboral que podrían meritarse un enfoque distinto. La primera es la escasez. Dada una tasa de desempleo determinada, excluir a un postulante blanco de un trabajo puede dejarlo sin *ningún* trabajo. Ese problema no existe, o es menos importante, en otros contextos.³¹ La segunda es el texto. Las leyes de empleo equitativo usan el lenguaje de la no discriminación. La cláusula de igual protección, no.

Sin embargo, lo que a Fiss le parecía problemático en el caso del postulante blanco no elegido para un empleo por razones raciales podría tener peso en otros contextos también, aun si el problema de escasez es menos agudo. Fiss está muy atento a ese problema. Cuando defiende las acciones afirmativas como una demanda de la justicia, reconoce que al “ser juzgados de manera desfavorable por un criterio no vinculado con el mérito individual y fuera de su control”, los postulantes excluidos en razón de las acciones afirmativas sufren “un grado de injusticia.”³² Pero Fiss no caracterizaría ese sacrificio en términos de igualdad, sino de equidad (*fairness*).

¿Quiere esto decir que, para Fiss, la inequidad que padecen los postulantes blancos rechazados debe ser reconocida en el plano moral, pero carece de estatus constitucional? No necesariamente. En *Groups*, Fiss sugiere que la ubicación constitucional de esa inequidad podría ser la Cláusula de Debido Proceso.³³ Si esto es así, deberíamos concebir

³¹ En “School Desegregation: The Uncertain Path of the Law”, 4 *Philosophy and Public Affairs* 3 (1974), Fiss alega que la escasez no es un problema relevante en el nivel primario y secundario, pero sí lo es en la universidad.

³² *Affirmative Action*, p. 38.

³³ Fiss, en *Groups*, p. 159, sugiere que los casos de discriminación que no constituyen subordinación de un grupo pueden ser considerados trato inequitativo bajo la Cláusula del Debido

las acciones afirmativas como un conflicto entre dos derechos constitucionales, igualdad y debido proceso. En tal marco, la escasez podría ser un factor relevante, entre otros, para definir el conflicto.³⁴

Sin embargo, este enfoque no parece satisfactorio. Uno puede compartir la idea de Fiss de que las acciones afirmativas buscan la igualdad y que el hecho de que el principio antidiscriminación no logre capturar esto es una falla importante; pero la posición en virtud de la cual las acciones afirmativas pueden, al menos en algunos casos, ser contrarias a la igualdad también es intuitivamente atractiva. Ello es así con independencia de que se suscriba una visión formalista de la neutralidad racial. Existe una dimensión igualitaria que merece reconocimiento, no solo en la situación del blanco excluido, sino también en muchos otros casos que Fiss caracterizaría en términos de equidad y dejaría fuera de la protección del derecho de igualdad.

Algunos casos pueden ilustrar este punto. En *Arenzon*,³⁵ la Corte Suprema argentina se enfrentó a la situación de un individuo al que se le negaba la admisión a un profesorado porque era muy bajo. Gabriel Arenzon, que aspiraba a convertirse en profesor de matemáticas en escuelas primarias, medía 1,48, y las regulaciones aplicables le exigían una altura mínima de 1,60.

Corría el año 1984, y este era uno de los primeros casos sobre el derecho de igualdad de la transición democrática.³⁶ La Corte falló unánimemente a favor del demandante, con comentarios críticos a la regulación en cuestión, cuya pretendida justificación era que la

Proceso. Ver también *id.* p. 172 (nota 83), donde Fiss dice que una versión rebajada del principio antidiscriminación —solo enfocada en la racionalidad medio-fin— podrían encontrar su lugar constitucional en dicha cláusula.

³⁴ Fiss sugiere que la validez de las acciones afirmativas en diferentes contextos puede depender del nivel de escasez en “A Theory of Fair Employment Laws.” Desarrolla el argumento unso años después en “School Desegregation: The Uncertain Path of the Law.”

³⁵ Fallos 306:400 (1984).

³⁶ *Arenzon* se planteó como un caso de derecho a la educación, donde la cuestión en discusión era si la restricción al derecho de aprender y trabajar era razonable. Hoy, sin embargo, dada la evolución de la jurisprudencia argentina, el aspecto igualitario de este caso sin dudas figuraría de manera central en el análisis.

altura era necesaria para imponer respeto, y por ende autoridad, sobre los educandos.³⁷ Esta era, vale destacar, una regulación de 1980, es decir, de la dictadura militar. En un pasaje memorable, Petracchi y Belluscio afirman, con la grandilocuencia de los momentos fundacionales, que “nadie es más alto que la Constitución”.

¿Podría haberse impugnado la exclusión del actor del profesorado por su altura basándose en el principio antisubordinación? No lo creo. Los bajos no son un grupo social subordinado. No son siquiera un *grupo*.³⁸ Ser bajo tal vez no sea lo mismo que ser pelirrojo, ya que los bajos posiblemente enfrenten ciertas dificultades sociales que los pelirrojos no padecen; pero ello no obstante, este caso no encaja en el esquema del principio antisubordinación.

Se podría insistir en que Gabriel Arenzon fue tratado de forma inequitativa. Sin embargo, los casos como este involucran un aspecto igualitario que el trato inequitativo no captura. Aunque equidad e igualdad son dos conceptos que se superponen, si algo los distingue es que la igualdad es una idea necesariamente relativa, mientras que la inequidad puede no serlo. Puedo ser tratado de manera inequitativa más allá de cómo sea tratado el resto. Todos, en teoría, podríamos ser tratados de manera inequitativa.³⁹ El trato inequitativo se vincula con la idea de dignidad, que es en parte independiente de las consideraciones relativas propias de la igualdad. Arenzon sin dudas fue tratado de manera inequitativa, pero, en la medida en que se lo excluyó por ser bajo, se violó también su igualdad.

Creo que el mero hecho de que el principio antisubordinación nos fuerce a preguntarnos cómo encuadrar *Arenzon* en términos de estatus grupal es revelador. Existen situaciones en las que tal enfoque motiva o bien un análisis forzado, o bien una respuesta insatisfactoria. Para el principio antisubordinación, el concepto de “grupo” debe mantenerse relativamente acotado para tener tracción normativa, pero la pregunta es si, entonces, es capaz de englobar todo lo relevante.

³⁷ El Gobierno no ofreció esta justificación en *Arenzon*, pero sí lo hizo en un caso análogo, y por ello Petracchi y Belluscio aprovecharon para exponer y criticar ese argumento.

³⁸ Acerca de lo que el concepto de grupo involucra, ver Fiss, *Groups*, p. 148.

³⁹ El sistema de asignación generalizada de premios y castigos mediante una lotería, que Borges imaginó en “La lotería de Babilonia,” sería un sistema de inequidad universal.

Otros casos apuntan en la misma dirección. Uno de ellos es *Mississippi University for Women v. Hogan (Hogan)*.⁴⁰ En la escuela de enfermería de la Mississippi University for Women, solo se admitían mujeres. Hogan, un postulante varón, alegaba que esta política lo discriminaba. La Corte le dio la razón. Rechazó la idea de que la condición de subordinación o desventaja de un grupo pudiese ser la base para recurrir a un escrutinio más severo: “[El hecho de que] esta política reglamentaria discrimine a los varones, y no a las mujeres, no lo exime del escrutinio ni reduce la severidad del estándar aplicable.” En tal sentido, *Hogan* refleja la concepción “neutral” de la igualdad, según la cual ser mujer u hombre carece de relevancia constitucional. Uno podría, con Fiss, rechazar esta concepción e insistir en que el género y la raza pueden ser, y con frecuencia son, constitucionalmente relevantes; pero una cosa es rechazar el estándar aplicable y otra muy distinta descartar de plano el marco del derecho de igualdad, como el principio antisubordinación supone.

Hay una forma de leer *Hogan* desde el principio antisubordinación. Esta lectura, de hecho, es sugerida por la propia Corte: la política de admitir solo mujeres de hecho perjudicaba el estatus social de las mujeres, ya que tendía a reforzar el estereotipo social de la enfermería como una profesión femenina (el doctor, la enfermera). ¿Pero es así como debemos encarar un caso como *Hogan*, preguntándonos en qué medida excluir a los varones de hecho perjudica a las mujeres? Como argumenta el juez Powell, la relevancia de ese planteo parece problemática en el contexto de una demanda presentada por un postulante varón que se siente discriminado. En otras palabras, ¿cómo puede afectar el derecho a la igualdad de un varón que el estatus de las mujeres se vea perjudicado?

Más aún, la carrera de enfermería era solo una de las ofrecidas por la Mississippi University for Women, y el argumento del estatus no alcanzaba a todas ellas. El juez Burger escribió un voto en disidencia enfatizando que la decisión de la Corte no debía entenderse aplicable a una facultad de negocios o artes liberales (*liberal arts*) solo para mujeres. La cuestión hipotética planteada por Burger es interesante. ¿Cómo encuadraríamos, por ejemplo, el caso de una facultad de artes liberales que solo admite mujeres, con lo cual se rechaza a una persona por su género pero las cuestiones de estatus no están presentes? Nuevamente, no

⁴⁰ 458 U.S. 718 (1982).

pregunto cómo debería resolverse el caso, sino cómo se lo debería encuadrar. El derecho de igualdad, me parece, es la manera más obvia de hacerlo.

El caso de los pobres presenta problemas similares. Este ha sido un escollo recurrente para la teoría antidisubordinación. Fiss lo ha tratado de manera extensa en *Groups* y en *Another Equality*, donde rechaza la idea de que los pobres puedan ser considerados un grupo, en especial por la mutabilidad de su condición: una persona puede dejar de ser pobre, pero no negra. Aunque tal postura es sensata en sus propios términos, nuevamente debemos preguntarnos si está dejando de lado demasiadas cosas. La discriminación en razón de la riqueza bien puede constituir una violación del derecho a la igualdad; el hecho de que, además, constituya una inequidad, como dije, no elimina la dimensión relativa del problema, y con ella el tipo de perjuicio que la igualdad típicamente recoge. Es innegable que ser pobre y negro es, en la mayoría de nuestras sociedades, peor que ser pobre y blanco; ha sido una gran contribución de la teoría antidisubordinación dar un marco normativo para entender esta diferencia, pero sigue siendo cierto que eso no agota el contenido de la igualdad.

5. Igualdad en ambos términos

El juez Scalia, acaso la encarnación del principio antidiscriminación en su versión más extrema, recurre a una cita de *Bakke* para expresar su compromiso con la neutralidad: “la cláusula de igual protección no puede querer decir una cosa si se le aplica a un individuo y otra cosa diferente si se le aplica a una persona de otro color. Si ambos no reciben la misma protección, no es igual.”

Pero Scalia no puede querer decir con esto que igual protección significa que todos deben ser tratados, literalmente, en la misma exacta manera, sin espacio para contemplar las diferencias entre las personas. Tal concepción (¿igualdad nominal?) no sería siquiera inteligible, ya que toda norma, toda acción estatal, se basa en distinciones de algún tipo, sea entre ricos y pobres, criminales y personas respetuosas de la ley, ciudadanos y extranjeros, etcétera.

Es verdad que alguien que se tome las metáforas dilectas del principio antidiscriminación demasiado en serio puede creer que toda distinción es *prima facie* anómala, un mal necesario en el mejor de los casos. Tal posición se refleja, por ejemplo, en un pasaje del voto de Kennedy en *Romer*:

La promesa contenida en la Enmienda XIV según la cual a nadie se le negará la igual protección de las leyes debe coexistir con la necesidad práctica de toda ley de clasificar por una u otra razón, con la consiguiente desventaja para personas y grupos varios... Hemos tratado de reconciliar este principio con la realidad declarando que, si una ley no afecta un derecho fundamental ni a una clase sospechosa, respaldaremos la clasificación siempre y cuando exista una relación racional con un fin legítimo.

Clasificar personas es, más que una “necesidad práctica”, un elemento inherente a la actividad legislativa. La neutralidad en abstracto no es una virtud. Ni siquiera es un fin inteligible. No podemos, entonces, partir de la premisa de que toda distinción es sospechosa y que el paradigma de la igualdad es la igualdad nominal.

Para asegurar una protección equivalente a dos personas que difieren radicalmente en un aspecto relevante, el Estado debe proveer a cada uno de ellos algo diferente. Estoy seguro de que Scalia no negaría esto. No puede sostener que el Estado debe hacer exactamente lo mismo respecto de cada persona; seguramente concedería que algunas circunstancias son relevantes. Su apología de la neutralidad, entonces, debe aplicarse solo a algunas diferencias. Por cierto, Scalia cree que se aplica a la raza del modo más enfático.

¿Por qué? El hecho de que no haya diferencias intrínsecas entre blancos y negros en cuanto a su inteligencia, honestidad, tendencia a actuar moralmente o constrictión al trabajo no es decisivo. En la medida en que las dinámicas sociales reflejen los prejuicios acumulados durante 100 años de esclavitud y otros tantos de Jim Crow, los miembros de cada grupo enfrentarán circunstancias diferentes más allá de su valor intrínseco. Si creemos que la

disparidad de oportunidades derivada de esas dinámicas es constitucionalmente relevante, no hay nada anómalo en la idea de que el grado de protección conferido a cada grupo pueda ser nominalmente diferente para ser sustancialmente similar.

Como dice Sotomayor en *Schuette*, la afirmación de que “[e]l modo de terminar con la discriminación racial es dejar de discriminar racialmente”, un slogan tomado de *Parents Involved*, “es un sentimiento desconectado de la realidad.” Si la raza importa socialmente, las implicancias de ello deben ser registradas por un Estado que aspira a tratar a todos los ciudadanos de manera igualitaria. Dados ciertos hechos sociales determinados, ser neutral frente a la raza significaría otorgar una protección desigual.

La idea de que ciertas clasificaciones son sospechosas no es necesariamente antagónica a este enfoque. Las presunciones cumplen la función de facilitar el análisis, reducir los costos administrativos y el margen de error. Si en el 99% de los casos en los que se utiliza la raza como criterio, el efecto es profundizar la exclusión social de los miembros de cierta raza, puede ser razonable partir de una fuerte presunción de que distinguir racialmente viola la Constitución; incluso una prohibición per se de tal distinción podría estar justificada, ya que el riesgo de cometer el error de no identificar una distinción arbitraria podría ser mayor que el 1%.

Pero, por supuesto, esa es solo una hipótesis. Si hay una cantidad importante de casos en los cuales el efecto es el opuesto o si los casos de discriminación arbitraria son fácilmente identificables y en consecuencia el riesgo de cometer un error es trivial, sería una mala idea partir de una regla rígida. Las presunciones no son fines en sí mismas. Se encuentran nutridas por la experiencia –es decir, por la historia– y por ende son contextuales y contingentes. En casos extremos, como sugerí, las presunciones se convierten en prohibiciones per se, pero incluso en tal supuesto se pueden revisar si la experiencia aconseja relajar la regla. Piénsese, en el contexto del derecho de la competencia, en la regulación de los precios de reventa: primero los rigió una prohibición per se, luego pasaron a ser juzgados mediante la regla de la razón, y actualmente prácticamente se les aplica una permisión per se. Lo que cambió fue la percepción de los tribunales (y las

agencias de competencia) acerca de los efectos de esta práctica sobre los consumidores, en buena medida como consecuencia de las investigaciones económicas en la materia.

No obstante, del argumento general en virtud de la cual la raza debe ser tomada en cuenta a veces para proteger a las personas de manera igualitaria no se sigue necesariamente que deba ser relevante en las admisiones universitarias, las contrataciones laborales o en cualquier otro contexto específico. La igualdad no demanda acciones afirmativas *per se*. Pero cuando las oportunidades de las que gozan los miembros de un grupo se encuentran sustancialmente disminuidas por el mero hecho de pertenecer a ese grupo, la igualdad exige que el Gobierno tome medidas razonables para mejorar la situación. Es concebible que en ciertas situaciones las acciones afirmativas o alternativas igualmente efectivas deban contarse entre tales medidas. En particular, en un contexto en el que (a) existe una profunda subordinación social de ciertas minorías; (b) las universidades estatales implementan acciones afirmativas; y (c) esa práctica ayuda a mejorar el estatus social de los grupos subordinados socialmente, entonces, sí, la igualdad implicaría que la prohibición de las acciones afirmativas es inconstitucional. En la medida en que la situación en Michigan encaje en esa descripción, la Propuesta 2 no superaría el escrutinio, a menos que se adoptase una medida alternativa igualmente efectiva en lo que a la integración de las minorías se refiere.

Lo anterior se apoya en varios supuestos fácticos potencialmente polémicos. Puede ser que algunos de ellos no se cumplan. El Presidente de la Corte Roberts, de hecho, llega a sugerir que las acciones afirmativas son contraproducentes.⁴¹ Esa bien puede ser la arena en la que el debate acerca de las acciones afirmativas debe darse, si es que la pregunta crucial resulta ser si dichas medidas en efecto mejoran el estatus social de las minorías. Esta pregunta es diferente de la relativa a la diversidad, en la que se centra la opinión de Sotomayor en *Schuette*, y tal vez sea más ardua: la integración social es más difícil de evaluar que la diversidad. Sin embargo, la evidencia citada por Sotomayor parece ser un punto de partida sólido, y sugiere que esta cuestión empírica debe analizarse partiendo de la presunción de que las acciones afirmativas contribuyen a la integración racial, y no lo contrario. Más aún,

⁴¹ Ver voto concurrente de Roberts, p. 2.

para aceptar una medida tan drástica como la prohibición de las acciones afirmativas en las admisiones universitarias, en las que la práctica es común, parece claro que una pesada carga de la prueba debe recaer sobre quienes defienden la reforma.

No obstante, la existencia de cuestiones empíricas objeto de controversia no debería constituir una excusa para dejar la decisión en manos de cuerpos políticos, como el voto del juez Breyer sugiere. Breyer no plantea el problema en términos de integración, sino de beneficio educativo, que tiene el halo de neutralidad que el principio antidiscriminación exige. Pero entiende que cuando existen preguntas empíricas cuya respuesta no es clara, — hay estudios que sugieren que las acciones afirmativas generan beneficios educativos, pero también otros en sentido opuesto— el asunto debe resolverse mediante las urnas, no los tribunales. Por esta razón, dice, la Propuesta 2, que es una decisión política, debe ser respetada. Creo que esta postura es insostenible. Los desacuerdos empíricos mal pueden resolverse mediante el voto: las cosas son o no son de cierta manera, con independencia de lo que la gente cree o desea al respecto. Por eso, cuando un juez enfrenta un caso con aspectos empíricos, —por ejemplo, si el diseño de un automóvil es defectuoso— y encuentra evidencia contradictoria, puede hacer diversas cosas, dependiendo de que sea un tribunal superior o inferior, pero recurrir a las urnas no es una de ellas. La deferencia de Breyer hacia la decisión política, en consecuencia, no puede ser el resultado de la incertidumbre fáctica, sino más bien de la falta de fuerza normativa de los beneficios educativos o la diversidad.

En cualquier caso, y dejando de lado las controversias empíricas, he tratado de presentar una visión amplia del derecho a la igualdad, de acuerdo con la cual el grupo al que uno pertenece puede ser, o no, una consideración relevante a la hora de conceder igual protección a todos los individuos. Ello depende del contexto, y por ende el derecho a la igualdad no está necesariamente restringido al ideal de proteger a los grupos para prevenir su subordinación, pero está suficientemente dotado para hacerlo cuando ello es pertinente.

De esta manera, la conexión entre el derecho de igualdad y el estatus de un grupo puede verse como instrumental, no *conceptual*: en ciertas circunstancias, cuando las dinámicas

sociales hacen de las dinámicas sociales un factor crucial en las oportunidades que el individuo enfrenta, el Estado no puede protegerlo de manera igualitaria a menos que se esfuerce por mejorar el estatus social del grupo en cuestión. Pero esto no se aplica a los casos en los que la igualdad exige, por ejemplo, la provisión de acceso a la educación u otro beneficio sin importar la altura (*Arenzon*), el género (*Hogan*) o la riqueza. En otras palabras, no creo que Fiss necesite enfatizar el vínculo conceptual entre la igual protección y el estatus grupal; basta con que muestre que tal vínculo puede existir, y que cuando en efecto existe, requiere que el Estado actúe en consecuencia. No hay necesariamente una dicotomía entre una concepción grupal y otra individual de la igualdad. Tener en cuenta la pertenencia a un grupo no presupone que los grupos *per se*, y no los individuos, son los sujetos de la igualdad. El derecho a la igual protección puede ser concebido de manera individual, pero su realización puede exigir que seamos conscientes del rol de los grupos en las dinámicas sociales.

Si brindarles niveles de protección nominalmente diferentes a distintas personas es algo no solo permisible, sino incluso exigido para honrar el compromiso estatal con el derecho a la igualdad, el trato dispar por razones raciales no es en sí mismo una violación constitucional. Pero, al menos en ciertos contextos, las acciones afirmativas son más que trato desigual: ellas excluyen a ciertos individuos de servicios o beneficios provistos por el Estado por razones fuera de su control, paradigmáticamente su raza. He sugerido que la ubicación constitucional adecuada para este tipo de inequidad es el derecho a la igualdad, ya que la dimensión relativa del daño resulta crucial. Por ello, insistiría en que las acciones afirmativas nos presentan un tipo de situación en la que, parafraseando, potencialmente encontramos la igualdad en ambos términos de la ecuación.⁴²

Sin embargo, una vez que nos libramos de los slogans del principio antidiscriminación y entendemos que la igualdad nominal no es siquiera un ideal inteligible, el mero hecho de que un postulante blanco no sea evaluado de exactamente la misma manera que uno negro deja de ser una violación de la igualdad en sí mismo. El análisis debe ser más complejo.

⁴² Ver Fiss, *The Irony of Free Speech*.

En este punto, el enfoque del juez Powell en *Hogan* puede resultar esclarecedor. El caso, como dije, se refiere a la carrera de enfermería de la Mississippi University for Women, que solo admitía mujeres. La mayoría de la Corte consideró esta restricción contraria al derecho de igualdad. El juez Powell escribió un voto en disidencia, seguido por el juez Rehnquist, en el que destaca las virtudes de “las clases sexualmente segregadas,” que dan a las mujeres una opción adicional que ellas aprecian. Más importante para nuestra discusión, insiste en que el postulante varón rechazado no es tratado por la Universidad demandada de forma tal que sufra una desventaja sustantiva. “Su agravio constitucional se basa en un solo daño: que debe viajar para asistir a otras escuelas de enfermería estatales que, según concede, se encuentran a su disposición. La Corte caracteriza este daño como un ‘inconveniente’.” Por ende, “no se le niega una oportunidad educacional sustantiva.”

Ese, creo, es precisamente el estándar que debería regir los casos de acciones afirmativas en lo que a los derechos de los postulantes rechazados se refiere. La pregunta debería ser si a esos postulantes se les niega, en virtud de tales acciones, una oportunidad razonable de gozar de la educación u otros frutos de la cooperación social, lo que en esencia depende de la disponibilidad de alternativas ofrecidas por el Estado. Así, la cuestión de la escasez, y cómo afecta esta al recurso en cuestión, puede resultar crucial para determinar si un programa de acciones afirmativas es admisible.⁴³

De hecho, como sugiere el juez Burger, si el caso no involucrara a la escuela de enfermería sino a la de negocios, la reacción del juez Powell no podría haber sido diferente: en la medida en que existan alternativas razonables, los postulantes rechazados no habrían sufrido una violación de su derecho de igualdad. Más aún, debería haber llegado a la misma conclusión aun si la lógica detrás de la escuela de negocios solo para mujeres fuera la de equilibrar la proporción de mujeres y hombres en el mundo de los negocios —una acción afirmativa radical.

Tal vez el hecho de que el juez Powell tratara al daño resultante como un “inconveniente” sea demasiado despectivo; pero tiene la virtud de poner el problema en perspectiva. Una

⁴³ Como dije más arriba, los primeros trabajos de Fiss sobre el tema tratan esta cuestión, y se refieren a la escasez como un límite a las acciones afirmativas.

política cuyo objetivo es aumentar de manera significativa las oportunidades de un grupo desaventajado no debería ser considerada contraria al derecho a la igualdad a menos que las oportunidades de otras personas sean limitadas de manera irrazonable como consecuencia de esa política. Si la moneda es una sola –el objetivo de brindar oportunidades iguales a todos, como una forma de brindar igual protección– resulta más sencillo entender y comparar los sacrificios involucrados.