

Grupos y la Cláusula de la Igual Protección¹

OWEN FISS

El principio de apoyo a los grupos desaventajados. Incorporando el concepto de grupos desaventajados dentro del derecho

Tratando de formular una nueva teoría acerca de la Cláusula constitucional sobre la Igual Protección, consideraré la misma, fundamentalmente, como una cláusula destinada a dar protección a los grupos de raza negra.² En parte, esta perspectiva puede vincularse a la intención original de quienes redactaron dicha Cláusula —ella fue vista, ante todo, como un medio de proteger a los afroamericanos frente a la acción estatal hostil. La Cláusula de la Igual Protección (utilizando circunloquios similares a los que se utilizaban en las cláusulas sobre la esclavitud, en la Constitución previa a la guerra civil) utiliza preferentemente la palabra «personas» en lugar de «afroamericanos».³ La vaguedad de la palabra elegida para describir a los protegidos ayuda a que también otros grupos invoquen la protección constitucional; y seguramente esta posibilidad también formaba parte de aquella intención originaria. De todos modos, la generalidad del término no excluye la posibilidad de que articulemos una teoría acerca de cuál era la referencia primaria de la Cláusula —una teoría que diga que los afroamericanos eran los principales beneficiarios de la misma, que la preocupación fundamental de dicha norma fue la de asegurar el bienestar de los miembros de este grupo.

No es sólo la intención original lo que explica mi punto de partida. Me baso también en el modo en que los tribunales han utilizado la Cláusula. Ningún grupo recibió, a partir de la misma, una protección tan intensa como la que recibieron los afroamericanos. Cual-

quier teoría que se formule al respecto debe poder dar cuenta de este dato. Posiblemente, además, y como una cuestión psicológica, la raza provee el paradigma a partir del cual, normalmente, los jueces toman sus decisiones al aplicar la Cláusula. Así, resulta habitual que los magistrados razonen sobre las demandas de igual protección comparando el caso en cuestión con casos similares que pueden aparecer en materia racial. Del mismo modo, las limitaciones y dificultades propias del principio antidiscriminatorio emergen más claramente cuando se utiliza dicho principio para evaluar las prácticas estatales que afectan a los grupos de raza negra.

Partiendo de esta perspectiva, fundamentalmente racial, me resulta difícil construir una interpretación general de la Cláusula de la Igual Protección como la que fue construida por Tussman y tenBroek,⁴ quienes partieron de un rechazo de la idea de que existan clases naturales —esto es, grupos que tengan una identidad y una existencia separadas del resto. En Estados Unidos existen clases naturales o grupos sociales de ese tipo, y el de los afroamericanos es uno de ellos. Ellos son vistos como un grupo; se ven a sí mismos como un grupo; su identidad se encuentra definida, en buena medida, por la pertenencia a tal grupo; su estatus social está vinculado al de su grupo; y gran parte de nuestra manera de actuar, tanto institucional como personal, está basada en este tipo de perspectiva.

Utilizo el término «grupo» para referirme a un grupo social, y según entiendo, un grupo social es más que una serie de individuos que, por tomar un ejemplo extremo, se encuentran, por azar, en la misma esquina, en el mismo momento. Tal como empleo el término, un grupo social tiene otras dos características. Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se autoidentifican —explican quiénes son— refiriéndose a su condición de miembros del grupo; y su estatus

resulta determinado en parte por el estatus del grupo. Es por ello por lo que los afroamericanos libres del período anterior a la guerra civil —los Dred Scotts—* no eran realmente libres, ni podían serlo jamás mientras la institución de la esclavitud siguiera existiendo.⁵ Del mismo modo, el bienestar y el estatus del grupo se determinaba con referencia al bienestar y el estatus de los miembros del grupo. Tal vez la emancipación de un esclavo —la presencia de un Frederick Douglass— no altere sustancialmente el bienestar o el estatus del grupo; pero si hubiera suficientes Frederick Douglass, o si la mayor parte de los afroamericanos alcanzara su estatus, entonces seguramente el estatus de los afroamericanos como grupo social resultaría modificado. Ésta es la razón por la cual los afroamericanos libres significaron una amenaza para la institución de la esclavitud. Más aún, la identidad y la existencia del grupo en tanto entidad dependen en parte del hecho de que sus miembros individuales se identifiquen a sí mismos como pertenecientes al grupo. Si una cantidad suficiente de individuos deja de identificarse como perteneciente a un determinado grupo (como ocurre en los procesos de asimilación), entonces la propia identidad y la existencia separada del grupo —como entidad concreta— llegan a su fin.

Sería el primero en admitir que trabajar con el concepto de grupo resulta problemático, y mucho más que hacerlo con el concepto de individuo, por ejemplo. En algunos casos, en efecto, resulta extremadamente difícil determinar si ciertos sujetos en particular son miembros o no del grupo; o si una determinada serie de personas constituye un grupo social.⁶ Debo admitir, además, que mi definición de un grupo social, y en particular la condición de interdependencia citada, complica las cosas en lugar de simplificarlas. De todos modos, estas dificultades no demuestran la ilegitimidad de esta categoría ni niega la validez o importancia de la idea. Sólo difuminan los extremos. Asimismo, la realidad actual de los grupos sociales no debería verse oscurecida por un compromiso con la idea de una «sociedad sin clases», o por la ética individualista —el ideal de considerar a las personas como individuos antes que como miembros de algún grupo. Aun si la Cláusula de la Igual Protección fuese considerada como un medio

* Nombre de un esclavo que litigó judicialmente por su libertad. N. del T.

para promover o alcanzar estos ideales individualistas (aunque no estoy seguro de que deba considerarse de ese modo), no habría razón para que la misma —en tanto instrumento para la construcción de una «buena sociedad»— sea construida como gobernada por dicho ideal. Tampoco existe una razón adecuada para asumir que en 1868, o actualmente, se concretó el ideal de la «buena sociedad».

Concebir a los afroamericanos como un grupo social constituye el primer paso en la formulación de un principio adecuado en esta área. Debemos ser conscientes, además, de que los afroamericanos constituyen un grupo social muy particular. Como grupo, tiene otras dos características fundamentales, a la hora de entender la función y el alcance de la Cláusula de la Igual Protección. La primera es que los afroamericanos se encuentran en una posición socioeconómica muy mala (en términos de bienestar material sólo se encuentran detrás de los indios americanos), y además han estado ocupando dicha posición durante siglos. En algún sentido, podría decirse que constituyen, en Norteamérica, una clase inferior permanente. Son estas dos características —la posición ocupada por el grupo, y el tiempo durante el cual el mismo ha ocupado dicha posición— lo que justifica que se defiendan los esfuerzos por mejorar el estatus del grupo. Esta redistribución podría encontrar fundamento en una teoría sobre la compensación —los afroamericanos, como grupo, fueron situados por otros en dicha posición, por lo que son acreedores a medidas redistributivas destinadas a compensarlos por tal situación. Esta deuda, entonces, es vista como debida por la sociedad, otra vez considerada colectivamente.⁷

De todos modos, la estrategia redistributiva no necesita apoyarse en esta idea de compensación, no necesita mirar exclusivamente hacia el pasado (aunque la discriminación del pasado explicaría en parte la identidad o el estatus de los afroamericanos en tanto grupo). La estrategia redistributiva podría ser la expresión de una ética contraria a todo sistema de castas entendido como un sistema que resulta indeseable para cualquier grupo social, en tanto implica la subordinación del grupo por un período extenso de tiempo.⁸ ¿Cuál es, podría preguntarse, la justificación de esta interpretación? No estoy seguro de que sea apropiado formular esta pregunta que significa empujar la investigación todavía más allá, tratando de buscar una justificación

para tal ética. Los puntos de vista diferentes acerca de cómo debería organizarse la sociedad, pueden ser tan irreductibles como los puntos de vista acerca de cómo debería tratarse a cada individuo, por ejemplo, con dignidad. Sin embargo, si esta investigación de segundo orden resulta apropiada, entonces podríamos recurrir a una diversidad de razones, que no nos exigen utilizar la noción de compensación. Así, los cambios en la estructura jerárquica de la sociedad —la eliminación del sistema de castas— podría encontrar su justificación como formas de *a)* preservar la paz social; *b)* mantener la comunidad como una comunidad, esto es, como un todo cohesionado; *c)* permitir el más pleno desarrollo de los miembros individuales del grupo subordinado, individuos que, de lo contrario, podrían ver su estatus inferior como un techo a sus aspiraciones y logros.

No es sólo el nivel socioeconómico de los afroamericanos como grupo lo que explica el peculiar lugar que les corresponde dentro de una teoría sobre la igual protección. Se debe, también, a su condición política. El poder político de los afroamericanos se encuentra fuertemente restringido. Durante los dos últimos siglos el poder de este grupo fue restringido de los modos más directos, por ejemplo, a través de la privación de sus derechos políticos. La fuerza electoral de los afroamericanos no es equivalente a su número. Esta situación resultó modificada después de la concesión de derechos que siguió a la ley sobre derechos de voto, de 1965, pero aún existen limitaciones estructurales del poder político del grupo.⁹ Estas limitaciones han emergido de otras tres fuentes adicionales, las cuales han actuado en forma alternativa o acumulativa, encontrándose, en todo caso, vinculadas entre sí. Una de las fuentes de tal debilidad se debe al hecho de que los afroamericanos constituyen una minoría numérica; la segunda es su nivel económico, su posición como clase inferior permanente; y la tercera es que, en tanto minoría «discreta e insular», los afroamericanos son objeto del «prejuicio» de los demás, esto es, sujetos del miedo y el odio, lo cual provoca que les resulte difícil formar coaliciones y alianzas con otros grupos (como los blancos pobres) y contribuye a que los demás les inflijan daños o los utilicen como chivo expiatorio.¹⁰

Recientemente, en algunas ciudades, las desventajas derivadas del número resultaron eliminadas. En tales lugares, los afroamericanos

llegaron a contar con una mayoría propia dentro del ayuntamiento de la ciudad, o incluso pudieron nombrar un intendente de su raza. Sería erróneo, sin embargo, generalizar a partir de estas situaciones. Ellas constituyen la excepción y no la regla, por lo que no podrían regir la formulación de una teoría general sobre la Cláusula de la Igual Protección. Más aún, estas instituciones políticas dominadas por los afroamericanos —el ayuntamiento de la ciudad, la intendencia— deben ser contextualizadas. Entre tales consideraciones contextuales debe tomarse en cuenta, por ejemplo, el hecho de que los blancos dominan las instituciones extrapolíticas —los bancos, las fábricas, la policía— que limitan severamente el poder de los afroamericanos en aquellas instituciones políticas. Por otra parte, los blancos continúan teniendo una posición dominante en las instituciones políticas nacionales, como el Congreso o la presidencia, donde reside, decisivamente, el poder político norteamericano.

De lo dicho se deriva que, a pesar de los cambios demográficos que se han producido en algunas ciudades, resulta apropiado ver a los afroamericanos como un grupo que aún se encuentra relativamente desprovisto de poder en la arena política, algo que, a mi juicio, justifica que exista un interés judicial especial a su favor. Cuando, a resultas del proceso político, se aprueba una ley que daña a los afroamericanos, la habitual objeción a un resultado mayoritario que se presenta contra el control judicial de constitucionalidad —la objeción que rechaza la posibilidad de que esos «nueve individuos» reemplacen con su punto de vista el punto de vista de «la gente»— tiene poca fuerza. Ello, porque la actuación del poder judicial podría ser vista como una intervención destinada a amplificar la voz de la minoría sin poder; como una forma de rectificar la injusticia del proceso político. La necesidad de esta rectificación, entonces, pasa a depender del hecho de que la ley daña el interés del grupo de los afroamericanos —un juicio que, indudablemente, resulta difícil de hacer cuando tomamos el punto de vista grupal, debido a que implica unificar puntos de vista que, por ejemplo, pueden estar en conflicto entre sí. Es importante destacar, de todos modos, que la necesidad de esta rectificación no se vincula a la pregunta de si esta ley incorpora una clasificación, racial o de otro tipo. Resulta suficiente comprobar que la ley

tiene el *efecto* de dañar a los afroamericanos. La rectificación tampoco debería limitarse a cuestiones de «precisión», es decir, la responsabilidad judicial debe ir más allá de cuidar, simplemente, de que las instituciones políticas no produzcan normas imprecisas. La debilidad propia de la situación política de los afroamericanos debe llevar a que el poder judicial examine también cuáles son los fines que se escogen; porque es probable que, en tales elecciones, los intereses de los afroamericanos, en tanto grupo, no sean tomados en cuenta del modo apropiado. El logro de objetivos como la reducción de los costes del transporte (un objetivo que parece propio de los planes de distribución destinados a los estudiantes dentro de cada distrito escolar), o el contar con los estudiantes más brillantes (un objetivo que podría explicar la exigencia de que el alumno obtenga una determinada calificación en los exámenes tipo LSAT) son constitucionalmente permisibles en el sentido de que no existe una regla constitucional sustantiva (o una regla implícita detrás de alguna otra) que impida que el Estado asuma tales propósitos. Sin embargo, estos objetivos de maximización tampoco se encuentran constitucionalmente exigidos, por lo que existe la posibilidad de que no sean tomados como *los* fines a seguir si se procura tomar en cuenta adecuadamente los intereses de los afroamericanos, esto es, si las autoridades respectivas procuran prestar atención suficiente a las necesidades, deseos y puntos de vista propios de este grupo con poco poder.

La injusticia del proceso político debe ser corregida y tal vez, en última instancia, dicha tarea deba recaer en el poder judicial. Pero esta afirmación no nos dice en modo alguno qué es, específicamente, lo que debería decidir la justicia en cada caso concreto, al intentar amplificar la voz de la minoría sin poder, o cómo debería quedar el procedimiento político, una vez corregido. Un proceso político justo sería aquel en el cual los afroamericanos tuvieran más voz que la que hoy tienen de hecho, pero no necesariamente un proceso que asegurase la victoria de los afroamericanos en sus reclamos. (En el mejor de los casos, este tipo de demandas podría requerir la adopción de ciertos resultados sustantivos, para mejorar la posición del grupo dentro del proceso político, por ejemplo, incrementar el número de abogados afroamericanos dada la importancia que tienen los aboga-

dos dentro del proceso político, o favorecer un cierto diseño en los distritos electorales para mejorar la suerte de los afroamericanos en tanto grupo). Pero esta teoría procesal que se concentra en la situación del escaso poder político de los afroamericanos no necesita actuar en solitario. Puede pensarse en la adopción de estándares más sustantivos en relación con otras de las características propias de este tipo de grupos, como su prolongada subordinación. El estatus político de este grupo justifica ciertas elecciones institucionales, por ejemplo, nuestra apertura frente a la posibilidad de que estas «nueve personas» reemplacen con su juicio (sobre medios y fines) la voluntad de «el pueblo». La posición socioeconómica del grupo nos provee de una justificación adicional de este activismo en manos de los jueces, y también determina el contenido de tal activismo —mejorar el nivel del grupo.

Por lo tanto, mi argumento es que hay que tener en cuenta tres características relevantes de los afroamericanos a la hora de formular una teoría sobre la igual protección: *a)* constituyen un grupo social; *b)* el grupo ha estado en una situación de subordinación prolongada; *c)* el poder político del grupo se encuentra severamente limitado. Los afroamericanos constituyen lo que podría llamarse un grupo especialmente desaventajado, por lo que examinaré la Cláusula de la Igual Protección como protección especial de este tipo de grupos. El grupo de los afroamericanos constituye el prototipo de grupo protegido, pero no es el único grupo merecedor de protección. Existen otros grupos sociales que, en la medida en que participan de características como las señaladas —sometimiento perpetuo, poder político limitado—, también deberían ser considerados como grupos desaventajados y merecedores de protección. La Cláusula de la Igual Protección protege a todos los grupos que se encuentren especialmente desaventajados, y no sólo a los afroamericanos. La preocupación general por el tratamiento igual, tanto como la palabra «persona» que aparece en la Cláusula, permite y probablemente requiere la generalidad de esta cobertura.

Algunos de estos grupos con desventajas especiales pueden ser definidos a partir de características que no tienen una raíz biológica y que no son inmutables; la Cláusula puede proteger a algunos grupos

lingüísticos, o a grupos de extranjeros. Más aún, los tribunales, en sus decisiones, pueden desarrollar estándares de protección variables,¹¹ es decir, se puede tolerar en ciertos casos algunas prácticas que desfavorecen a algún grupo, pero no se puede tolerarlas si el grupo es uno de estos grupos distintivamente desaventajados. Por ejemplo, el grupo de los judíos o el de las mujeres pueden recibir una protección menor de la que reciben los indios americanos, pero sin dejar de ser merecedores de una protección especial. Finalmente, estas protecciones judiciales pueden ser limitadas en el tiempo. A través de un proceso de asimilación, el grupo puede dejar de existir, o aun si el grupo continúa existiendo, puede ocurrir que su posición política o socioeconómica mejore de modo tal que deje de encontrarse en la condición de grupo especialmente desaventajado.¹²

Todo esto significa que los tribunales tendrían cierta libertad a la hora de identificar a los grupos protegidos por la Cláusula de la Igual Protección. De todos modos, entiendo que sería un error utilizar esta flexibilidad para extender la protección a clases que podrían considerarse artificiales, esto es, clases de personas agrupadas a partir de una clasificación realizada por una ley o una cierta práctica estatal. Así, por ejemplo, las clases creadas a partir de una categorización impositiva (aquellos que tengan ingresos entre tal y tal cantidad) o partir de la concesión de licencias (los fabricantes de leche enriquecida).¹³ Por definición, esas clases no tienen una entidad o existencia social independiente, y en el caso de que la tengan carecen de la condición de interdependencia. Es difícil, si no imposible, llevar a cabo una estimación acerca de su nivel socioeconómico o de su poder político (más allá del hecho de que han perdido una cierta batalla legislativa). En el caso en que esto sea cierto, no se justifica ni la redistribución ni la intervención judicial en su beneficio. No se trata de que esos argumentos no sean persuasivos, sino de que los mismos no son inteligibles. Así, el principio destinado a proteger a los grupos más desaventajados no debería verse como destinado a producir una mayor igualdad, salvo en un sentido: el principio ayuda a que algunos mejoren su situación en la medida en que otorga una protección especial a los grupos especialmente desaventajados, pero no va a proveer de una protección especial a las clases artificiales, aquellas meramente crea-

das a través de las normas legales o las prácticas del Estado. El principio antidiscriminatorio se *propone* proteger también a estos grupos, aunque en la realidad ellos casi nunca reciban esa protección (dada la permisibilidad propia del estándar de análisis judicial –un análisis de mera racionalidad– que se requiere para esos casos).

La naturaleza de la acción prohibida

El concepto de práctica que perjudica a un grupo

Algunas prácticas o leyes estatales pueden verse simplemente como un error porque empeoran la condición propia de todos los grupos y personas en forma igualitaria. Estas prácticas y normas no parecen constituir el principal objeto de preocupación de la Cláusula de la Igual Protección. La igualdad es una idea relativa. La preocupación constitucional, más bien, parece estar dirigida a aquellas leyes o prácticas que afectan especialmente a un grupo desaventajado. Tales leyes pueden favorecer el bienestar general de la sociedad (o de las clases mejor posicionadas), o dejar la situación tal como estaba; lo que importa, sin embargo, es la ley o la práctica que agrava (o perpetua) la posición subordinada de un grupo especialmente desaventajado. Esto es lo que resulta prohibido por la Cláusula de la Igual Protección.

Implícita en esta interpretación de lo que la Cláusula de la Igual Protección prohíbe se encuentra la idea de que ciertas prácticas estatales pueden llegar a resultar dañosas para los miembros de un grupo especialmente desaventajado, y aun así no empeorar, o poner en riesgo, o agravar el estatus o la posición del grupo. Lo que se requiere para que pueda considerarse que una cierta práctica estatal se encuentra prohibida por la Cláusula es una teoría acerca del daño al estatus, una teoría que muestre que la práctica desafiada tiene este efecto en el grupo.

Desde esta perspectiva –que prohíbe el daño al estatus– podría considerarse la acción estatal discriminatoria. La acción estatal discriminatoria sería aquella conducta estatal que empeora el estatus de un grupo especialmente desaventajado. La Cláusula de la Igual Protec-

ción prohíbe al Estado, por ejemplo, utilizar la raza como criterio de admisión en las piscinas públicas o en los proyectos de viviendas públicas dado que de ese modo agrava la posición subordinada de los afroamericanos, al excluirlos de las facilidades otorgadas por el Estado. Lo mismo puede decirse en relación con el sistema escolar dual, esto es, la práctica de asignar a los estudiantes a las escuelas en razón de su raza, y con el objeto de segregar a algunos grupos. Nuevamente, este tipo de acciones estatales se encuentra prohibida por la Cláusula de la Igual Protección dado que agrava la posición subordinada de los afroamericanos, y no porque la clasificación no se encuentre «relacionada», o se encuentre «poco relacionada», con un propósito estatal (permisible).

Reconozco que en estos ejemplos la acción estatal puede ser considerada como «discriminación arbitraria». Aun así, es importante destacar que la «discriminación arbitraria» es la especie, no el género. La discriminación, arbitraria o no, es sólo una forma, entre muchas posibles, de conducta que lleva a que un grupo quede en situación de desventaja. Puede haber también, sin embargo, conductas que desfavorecen a un grupo pero que no son discriminatorias. Este tipo de conductas estatales no serían alcanzadas por la Cláusula de la Igual Protección bajo el principio antidiscriminatorio, dado que no implican ningún tipo de discriminación racial o de otro tipo. Así, por ejemplo, las políticas estatales que ponen en práctica convenios racialmente restrictivos, o la clausura de piscinas municipales y de otras ofertas públicas, con el objeto de evitar la integración racial, y el rechazo de proyectos de viviendas públicas con el objeto de limitar el número de afroamericanos pobres dentro de la comunidad. Del mismo modo, esta perspectiva permitiría evaluar ciertas prácticas que discriminan a partir del uso de criterios aparentemente inocentes, y en tanto el efecto de las mismas sea el de empeorar el estatus de ciertos grupos desaventajados, como puede ocurrir, por ejemplo, con las pruebas de admisión o la proximidad geográfica a las escuelas. En estos casos, no sería necesario forzar tales discriminaciones dentro de la casilla de la «discriminación arbitraria». Lo que se necesitaría, en cambio, sería formular una teoría que permita vincular la práctica al estatus del grupo. Por supuesto, tal teoría puede resultar altamente

problemática, dado que podría exigirse algo más que una mera prueba estadística para demostrar que una cierta práctica afecta más a los afroamericanos que a otros grupos (esto es, que tiene un impacto diferencial). Para tomar un ejemplo central, a la hora de determinar si resulta permisible la utilización del resultado de ciertas pruebas de ingreso como criterio de admisión en el trabajo, la teoría sobre el daño al estatus debería poder dar cuenta de *a*) el estatus del trabajo (determinado a partir de diferentes escalas, que tomen en cuenta datos como el ingreso y el prestigio), *b*) la visibilidad pública de la posición en juego (un juez frente a un químico), *c*) la difusión del impacto de exclusión (ver si los afroamericanos representan el grupo predominantemente excluido), y *d*) la fuerza de las razones para justificar el uso del criterio (ver hasta qué punto la prueba era adecuada, y cuán significativas las diferencias en juego).

Por supuesto, la conducta racialmente discriminatoria no necesita verse desde esta perspectiva, es decir, como una especie dentro del género de la conducta que pone en situación de desventaja a ciertos grupos. Podría verse, por ejemplo, dentro del género de las conductas de trato injusto: lo que resulta equivocado en la utilización de criterios raciales para la admisión de un candidato en un proyecto de construcción de viviendas públicas es, podría decirse, que los mismos tratan a algunos de modo injusto: un individuo es juzgado (a la hora de distribuir recursos) a partir de una característica irrelevante. El problema, de todos modos, es de doble pertenencia: tanto la discriminación arbitraria como la conducta que desfavorece a algún grupo son, ambas, parte de un mismo género, el del tratamiento injusto.

La distinción analítica entre ambas cuestiones, sin embargo, resulta importante puesto que nos permite reconocer que puede haber conductas injustas que no constituyen, por ejemplo, prácticas que perjudican a algún grupo. El trato preferencial en favor de un grupo especialmente desaventajado es un ejemplo de tal práctica. El candidato blanco que es rechazado porque se admite de modo preferencial a un afroamericano puede decir que ha sido tratado de modo injusto dado que es juzgado a partir de un criterio inadecuado (el de no ser afroamericano), y también puede decir que se cargan sobre él los costes de una determinada política social.¹⁴ Es importante tomar en

cuenta este tipo de situaciones a la hora de elaborar remedios para no violar otro tipo de cláusulas constitucionales, tales como la del Debido Proceso. De todos modos, me interesa negar que la Cláusula de la Igual Protección deba ocuparse del tratamiento injusto —ser juzgado en razón de un criterio inapropiado— aun cuando el tratamiento injusto pueda ser visto, desde una perspectiva individual, como una forma de tratamiento desigual.

Aun si el reclamo de injusticia individual se dejase de lado, y se viese a la Cláusula de la Igual Protección como dirigida a proteger especialmente a los grupos desaventajados, todavía podría haber razones para considerar constitucionalmente vulnerables las prácticas estatales de tratamiento preferencial en favor de los afroamericanos. Por un lado, resulta necesario comprobar si es que esta política mejora realmente la posición del grupo desaventajado. Para poner un ejemplo, el programa de admisión preferencial para afroamericanos, en las escuelas de derecho, se justificaría dado que permite que las personas de color accedan a posiciones de poder, prestigio e influencia que de otro modo no obtendrían, al menos en el futuro cercano. La obtención de dichas posiciones resulta importante tanto para los miembros individuales beneficiados como para el grupo de los afroamericanos en general. Un incremento en el número de abogados afroamericanos, se supone, permitiría a los miembros del grupo racial la obtención de posiciones económicas y sociales más altas, elevaría las aspiraciones de todos los miembros del grupo y crearía un dispositivo para que el grupo pueda defenderse a través de sus mismos integrantes, es decir, al otorgarles a algunos de sus miembros el poder necesario para resistir los ataques que reciba el conjunto en el futuro. El estatus del grupo, entonces, mejora. Por supuesto, estas afirmaciones no son obvias; algunos podrían decir, por ejemplo, que medidas como la citada darán lugar a consecuencias contraproducentes ya que un régimen de tratamiento preferencial arroja dudas acerca de la habilidad de todos los miembros del grupo, porque da lugar a la creencia de que el grupo no puede obtener ciertas ventajas si no es a través de una ayuda externa.

Si los tribunales creyeran realmente que este tipo de políticas —aun si se las denomina «benignas»— empeoran el estatus de los afroamericanos, existen razones para declarar inválidas a las mismas. De to-

dos modos, dudo de que alguien pueda afirmar realmente que las admisiones preferenciales perjudican el estatus del grupo; los que sostienen que políticas como la citada son contraproducentes lo hacen con el propósito más limitado de arrojar dudas sobre la verdad que subyace en ese tipo de políticas. Pretenden que las afirmaciones empíricas que se presentan en defensa del trato preferencial queden abiertas a la controversia. Ahora bien, lo que debe interesarles a los tribunales, al examinar estas políticas, es si existe alguna base racional para que los legisladores y administradores afirmen que la misma es capaz de beneficiar al grupo. El estándar que deberían tomar en cuenta los tribunales es el del «análisis de (mera) racionalidad».* El activismo judicial autorizado por la Cláusula de la Igual Protección, interpretada ésta a partir del principio de apoyo a los grupos desaventajados, es asimétrico.

Otra posible objeción frente a políticas de admisión preferencial como las citadas consiste en tratar de expandir el universo de los beneficiarios: el grupo relevante preferido debería ser el de los pobres, más que el de los afroamericanos. Lo que se sugiere, entonces, es que los tribunales examinen cuáles son los «verdaderos» grupos existentes dentro de la sociedad norteamericana, es decir que investiguen cuáles de estos grupos son los más importantes para los individuos, ya sea desde un punto de vista psicológico, sociológico, económico, o cuáles de esos grupos deberían ser alentados.¹⁵ Sin embargo, creo que la indagatoria judicial debería tener un alcance mucho más limitado. Los tribunales deberían preguntarse si existe alguna base racional para que el legislador o el administrador elija la delimitación de grupos que ha elegido. Por supuesto, una estrategia contra la pobreza —una política de admisión preferencial para los pobres— resultaría constitucionalmente permisible. Pero ése no es el punto. Lo que se pretende, a través de este tipo de objeciones, es señalar que las estrategias contra la pobreza son las únicas estrategias redistributivas constitucionalmente permisibles. Es esto lo que encuentro problemático y carente de apoyo dentro de la Cláusula de la Igual Protección.

* Decidir si el medio escogido es apropiado para el fin propuesto, [N. del T.].

El hecho de que algunos individuos afroamericanos se identifiquen a sí mismos como pobres no niega —al menos actualmente— la realidad de la identificación racial —esto es, que estos individuos se identifiquen como afroamericanos, o que los afroamericanos constituyan un grupo social. Reconocer la multiplicidad de identificaciones grupales posibles no implica que debemos incurrir en un reduccionismo que niegue la realidad de algunos de estos grupos. Tampoco puede justificarse dicho reduccionismo sobre la base de que la política preferencial busca mejorar el estatus socioeconómico de los afroamericanos. El enfoque que concentra su atención sobre los afroamericanos (en lugar de un enfoque concentrado sobre personas que aparecen en la misma situación socioeconómica) debería verse como una forma de establecer prioridades, legislativa o administrativa-mente. La situación de los pobres puede ser mala, pero —y esto es algo que los legisladores y administradores deberían tener el derecho de decir— la de los afroamericanos es aún peor. Tal afirmación puede apoyarse en dos consideraciones. En primer lugar, el carácter de casta propio del estatus inferior de los afroamericanos que se deriva del hecho de que los afroamericanos hayan ocupado los escalones más bajos de la escala socioeconómica norteamericana durante al menos dos siglos, y vayan a seguir haciéndolo a menos que se tomen medidas redistributivas. Es verdad que siempre hemos tenido, y seguiremos teniendo, gente llamada «pobre», pero no debemos confundir el estrato con las personas que lo ocupan. La segunda cuestión es que los afroamericanos se enfrentan a impedimentos no comparables con los que enfrentan los pobres (aun concebidos como grupo). Estos impedimentos se manifiestan en todas las esferas de la vida —económica, social, política— y derivan del hecho de que los individuos son miembros de un determinado grupo racial. Esto es algo que no ocurre en relación con los pobres. De hecho, y con el objeto de mejorar su situación, los blancos pobres tienen incentivos para separarse de los afroamericanos y acentuar su distinción racial. Tienen incentivos para dejar a los afroamericanos en el estatus más bajo, dado que obviamente ellos no pueden pasar a ser afroamericanos.¹⁶

Del mismo modo, existen buenas razones para que los legisladores y administradores traten a los afroamericanos como un grupo úni-

co, sin adentrarse en investigaciones acerca de los «afroamericanos ricos», sin tratar de fraccionar al grupo. Una de tales razones se vincula a la conveniencia administrativa —el número probable de afroamericanos ricos es tan escaso, y el coste de los mecanismos para identificarlos es tan alto, que tal investigación no vale el esfuerzo. Bajo el principio antidiscriminatorio, el mal que se trataba de eliminar era el de las clasificaciones imprecisas; pero bajo el principio de apoyo a los grupos desaventajados, la imprecisión no resulta, en sí, un vicio constitucional. La imprecisión puede llegar a ser tolerada cuando la norma o práctica estatal procura mejorar la posición del grupo desaventajado, y se encuentra de hecho vinculada con el fin enunciado. Por otra parte, y dejando de lado las consideraciones de conveniencia administrativa, la decisión de no excluir a los afroamericanos ricos (aun si se los identificase) puede justificarse. El argumento no es el de que los afroamericanos ricos, en tanto individuos, «merecen» (en un sentido compensatorio) una asistencia especial, como las personas pobres (aunque ello podría ser perfectamente posible, dado que aun si son ricos, tales individuos son todavía afroamericanos, y el hecho de ser afroamericanos puede haber representado para ellos una desventaja tan o más severa que la de ser pobres). Lo que se afirma es que la preferencia por los afroamericanos ricos puede estar justificada como un modo de mejorar la situación del grupo. Aun si los afroamericanos que resultan favorecidos llegan a ser ricos, el beneficio alcanza al grupo como un todo. Han sido algunos miembros del grupo los que han obtenido estas posiciones de poder, prestigio e influencia que, de otro modo, posiblemente no hubieran obtenido, y en tal sentido el estatus general del grupo ha sido mejorado. Por otro lado, no resulta claro que la preferencia por una persona pobre confiera un beneficio a los pobres concebidos como grupo —el sujeto favorecido abandona el grupo; y aun si existiesen beneficios que se trasladan al grupo, ello no obsta para que los legisladores y administradores establezcan que la mejora del grupo de los afroamericanos constituye un objetivo social de primera importancia, más relevante aún que el de elevar la situación de los pobres, concebidos como grupo.

Finalmente, el programa de admisión preferencial en favor de los afroamericanos (o cualquier grupo desaventajado) puede resultar vul-

nerable a causa de su impacto sobre otros grupos desaventajados, sean ellos los indios americanos, los chicanos, o tal vez inclusive los pobres, los pobres afroamericanos, o las mujeres afroamericanas y pobres (si puede considerarse a estas últimas categorías como grupos sociales desaventajados). El impacto negativo sobre estos grupos, debido en última instancia al problema de la escasez, se debe a que, al favorecer a algunos afroamericanos, las posiciones que quedan abiertas para los miembros de los demás grupos se reducen. Lo que se les otorga a los miembros de algunos grupos no puede otorgárseles a otros.

Puede responderse a esta objeción, de todos modos, de formas diferentes. Uno podría argumentar, por ejemplo, que el grupo que en este caso no ha sido favorecido no se encuentra tan mal como el grupo que ha sido efectivamente favorecido (por ejemplo, los chicanos no están tan mal como los afroamericanos).¹⁷ Podría aludirse, también, al carácter indirecto de tal exclusión (la exclusión se debe a que se prefiere a los afroamericanos, y las plazas disponibles son limitadas), lo cual resulta importante a la hora de determinar si el tratamiento preferencial debe dar lugar a una reclamación de daño al estatus. La preferencia en favor de los afroamericanos puede limitar los lugares abiertos para otros grupos desaventajados, pero no es claro que ello empeore el estatus de los mismos. Finalmente, podría responderse a la objeción apelando a la defensa estándar de las normas subinclusivas: debe darse un paso por vez, pero esta defensa resulta más problemática desde el punto de vista del principio antidiscriminatorio. A partir del principio de apoyo a los grupos desaventajados, en cambio, la demanda de subinclusividad no parece resultar especialmente significativa; y en todo caso, resulta concebible la posibilidad de desarrollar estándares más sustantivos para mantener la presión que sea necesaria sobre las agencias administrativas para obligarlas a tomar en consideración las demandas de todos los grupos especialmente desaventajados.

Una vez que hemos identificado estas posibles líneas de defensa en favor de las políticas de tratamiento preferencial hacia los afroamericanos, conviene reconocer también el peso propio de aquellas objeciones. En efecto, el daño que puede producirse sobre otros grupos desaventajados a partir del hecho de la escasez puede mostrar una

cierta vulnerabilidad constitucional en las políticas de tratamiento preferencial. Frente a estos daños, podría invocarse la prohibición de las medidas que desfavorezcan a algunos grupos desaventajados, mientras que no se podría invocar, como en otros casos, la calidad asimétrica de la acción judicial. Se afirma aquí que se está afectando a grupos especialmente desaventajados, y los tribunales, por tanto, deben mostrarse especialmente atentos a esos reclamos. De todos modos, tal vez sea correcto que una política preferencial restringida sea constitucionalmente vulnerable; y que lo sea precisamente por la razón de su impacto sobre otros grupos desaventajados, y no por su impacto sobre el grupo dominante de los hombres blancos rechazados. Este punto no es meramente analítico, dado que indica lo que debe hacerse para salvar la constitucionalidad de dicha política, es decir, extender la misma a aquellos grupos especialmente desaventajados que merecen un tratamiento preferencial como el que se otorga a los afroamericanos.

El reconocimiento de las consideraciones acerca del bienestar general

La preocupación central es la del estatus de los grupos especialmente desaventajados, y cualquier práctica estatal que agrave la posición de subordinación de los mismos ha de juzgarse, presumiblemente, como inválida. De todos modos, debe considerarse la posibilidad de que prácticas que desfavorecen a ciertos grupos contribuyan a mejorar la suerte de la comunidad como un todo, ya sea desde un punto de vista material (se incrementa la productividad, por ejemplo), o inmaterial (se incrementa la libertad individual). Debe ser posible tomar en cuenta este tipo de circunstancias. Dudo, por ejemplo, que deba interpretarse la Cláusula de la Igual Protección de un modo tan restrictivo que impida que el Estado exija ciertos mínimos de habilidad o competencia para sus empleados o estudiantes, aun si de tal modo agravase (o al menos contribuyese a perpetuar) la situación de subordinación de los afroamericanos. El problema, por supuesto, es que si se le da una cabida muy amplia a este

tipo de consideraciones de bienestar general, el lado proteccionista de la Cláusula resultaría fuertemente opaco: el Estado siempre podría defenderse ante una demanda en favor de la igual protección diciendo que, aun cuando se perjudica a algún grupo, el bienestar general resulta maximizado.

Para evitar este dilema, deben introducirse dos herramientas analíticas. La primera es el concepto de intereses no admisibles. Un ejemplo del mismo sería el interés de los blancos por mantener a los afroamericanos en una posición subordinada. Tal interés no debería tener ningún peso a la hora de determinar si la práctica que desfavorece a un grupo se justifica porque no tiene peso normativo. No *debería* tomarse en cuenta, aunque tal vez, de hecho, *resulte necesario* si los tribunales no tienen alternativa. Por ejemplo, los tribunales podrían tomar medidas más prudentes de las que considerarían apropiadas si reconocen que determinadas órdenes de rectificación de las desigualdades pueden provocar la abierta rebelión de ciertos sectores de la sociedad.¹⁸ Este tipo de resistencias deben considerarse como un obstáculo, aunque existan límites acerca de lo que puede hacerse al respecto.

El concepto de intereses no admisibles se corresponde, aproximadamente, con el de «propósito estatal ilegítimo» que utiliza el principio antidiscriminatorio. La diferencia no reside tanto en el contenido de lo que se permite o se considera ilegítimo; más bien, el estándar de permisibilidad o ilegitimidad se encuentra directamente vinculado con el principio en juego. El principio antidiscriminatorio se preocupa de cuestiones de encaje, de cuestiones de sobreinclusión y subinclusión, y no puede proveer de un estándar para determinar la legitimidad de los propósitos estatales; para tal fin el principio antidiscriminatorio debe ir más allá de sí mismo, y en tal sentido —puede decirse— es incompleto, no es plenamente inteligible. El principio de apoyo a los grupos desaventajados, en cambio, provee de un estándar para evaluar la legitimidad o permisibilidad. No deberían admitirse ciertos intereses cuando ellos van a otorgarle al grupo dominante un poder de veto sobre la suerte del grupo especialmente desaventajado. Tal poder de veto es inconsistente con lo que, a mi criterio, resulta el principal propósito de la Cláusula de la Igual Protección.

La segunda herramienta analítica que debe introducirse, con el objeto de impedir una degeneración del procedimiento de protección es el concepto de beneficio irrenunciable. Este concepto estructura la relación entre el daño al estatus del grupo y el beneficio a la comunidad. Si, a partir de una cierta práctica o norma, puede obtenerse un beneficio irrenunciable ya sea por la importancia del interés protegido, ya sea por la dimensión del beneficio, entonces la misma debe ser permitida, aun cuando afecte al estatus del grupo especialmente desaventajado. El beneficio exigido se encuentra vinculado al daño: cuanto más severa es la desventaja producida, más importante debe ser el beneficio en juego. Pero es importante enfatizar que el daño causado por la práctica sobre el grupo desaventajado no necesita ser mayor que el beneficio que obtiene la comunidad. Por eso, cuando se piensa en la Cláusula de la Igual Protección como un instrumento redistributivo, la metáfora del balance resulta inapropiada: debe permitirse la política en juego aun cuando el daño que se provoca en el grupo sea menor que el beneficio que recibe la sociedad. La metáfora más apropiada es aquella que concibe el daño que se produce en el estatus del grupo desaventajado como disparador de un particular remedio, y en que el interés legítimo de la comunidad aparece como una fuerza limitativa. El límite aparece cuando el beneficio es mayor que el daño, pero sólo cuando alcanza una cierta cantidad e intensidad puede ponerse fin al remedio en cuestión.

El concepto de beneficio irrenunciable requiere que los tribunales, en primer lugar, se pregunten si es que existen medios alternativos para que la sociedad promueva sus intereses, y si estas alternativas son menos dañosas en relación con el grupo desaventajado. Si estas vías alternativas existen, entonces la práctica en cuestión debe ser invalidada, dado que no constituye una vía a la que no pueda renunciarse. Si, en cambio, no existen alternativas que sean menos perjudiciales para el grupo, los tribunales deberán plantearse un nuevo interrogante: deben estimar el daño que se produce en el estatus del grupo desaventajado y los beneficios que obtiene el resto de la sociedad y, en un análisis final, determinar si el beneficio en cuestión es un beneficio irrenunciable.

La exigencia de la acción estatal

La exigencia de acción estatal propia de la Cláusula de la Igual Protección constituye una permanente fuente de dificultades para el principio antidiscriminatorio. Las dificultades, según entiendo, no provienen tanto del componente «Estado» como del componente «acción» —o, más específicamente, de la exigencia de que la «acción» en juego constituya una «discriminación» prohibida. Esta concepción artificial de la idea de acción pone en dificultades el principio antidiscriminatorio, mientras que no sucede lo mismo en relación con el principio de apoyo a los grupos desaventajados.

Ahora bien, no pretendo sugerir que deba abandonarse la visión tradicional acerca de lo que prohíbe la Cláusula de la Igual Protección —una visión conforme a la cual la Cláusula se aplica sólo a las prácticas y normas estatales. Es el Estado el que no puede perjudicar la situación de los grupos especialmente desaventajados. La pregunta que resulta problemática, sin embargo, es la de si debe tratarse a la «inacción» estatal como una forma de «acción». Por ejemplo, el hecho de que el Estado no haya *comenzado* a poner en práctica medidas redistributivas en favor de los grupos más desaventajados, o sea, que no haya comenzado a poner fin a las desigualdades que surgen a partir de la actividad privada, ¿no debería ser considerado una violación de la Cláusula de la Igual Protección? Como cuestión puramente analítica, entiendo que es posible responder a dicha pregunta de un modo afirmativo. De todos modos, y por otra parte, existen tres factores que sugieren que la respuesta debe ser negativa.

Una primera preocupación tiene que ver con el texto legal en juego. Tal como sostiene el profesor Black, el lenguaje propio de la Cláusula de la Igual Protección sugiere una obligación afirmativa, la obligación de arrojarle a alguien un salvavidas.¹⁹ Por otra parte, si no se realiza una distinción entre acciones e inacciones, palabras como «estatal» o «leyes», dentro de la Cláusula, se convierten en superfluas. De este modo, la línea entre acciones estatales e individuales aparecería borrada; la Cláusula obligaría al Estado a promover leyes destinadas a contrarrestar las prácticas privadas que perjudican a un grupo y, en tal sentido, pasaría a ocuparse de las acciones privadas.

La concepción que ve las prohibiciones constitucionales como prohibiciones relacionadas con el uso coercitivo del poder estatal, constituye un segundo factor que nos sugiere que la distinción entre acción e inacción estatal debe preservarse. Esta concepción tiene profundas raíces históricas. Según entiendo, éste es el modo en que los «padres fundadores» concibieron su propia tarea, al redactar la primera sección de la Cláusula de la Igual Protección. Parece cierto, además, que esta visión resulta consistente con el objetivo, indudablemente válido, de minimizar la intervención del poder judicial (la institución que, prioritariamente, se encuentra a cargo del cuidado de la Cláusula de la Igual Protección). Si se equiparase la inacción a la acción estatal, la intervención judicial resultaría enormemente ampliada. Este grado de intervención podría aparecer como contradictorio con nuestras tradiciones democráticas, aun cuando el mismo se deba a una preocupación por la suerte de los derechos de las minorías. Resultaría más bien extraño que el poder judicial pasase a convertirse en la agencia redistributiva más importante, en parte debido a que no es el mismo poder judicial el que determina su agenda, y por lo tanto no es el que establece las prioridades: ¿debe darse preferencia a la alimentación básica, o a la garantía de una vivienda digna?²⁰ Los tribunales dependen de las elecciones que realizan los litigantes, por lo cual —según sospecho— las intervenciones judiciales tenderían a orientarse a cuestiones propias del área de lo criminal.

A la hora de diseñar remedios adecuados, también debe tenerse en cuenta la cuestión de acciones e inacciones. Por supuesto, aun si se toma en serio la limitación a la acción estatal, y la distinción entre acciones e inacciones, pueden surgir problemas muy serios en cuanto al remedio que va a escogerse. Este tipo de factores pueden ser tomados en cuenta por los tribunales para no intervenir cuando, por ejemplo, el ayuntamiento decide cerrar una pileta de natación pública, o cerrar sus escuelas con el objeto de evitar la integración racial. Hay pocas dudas de que tales acciones perjudican a los afroamericanos, pero la dificultad para escoger el remedio apropiado puede resultar tan enorme que los tribunales decidan no conceder los remedios que les son demandados. Estas decisiones negativas, de parte del Estado, se acercan mucho a la no decisión (la categoría de la pura inacción estatal).

Pero una vez que se cruza la línea, y los tribunales pasan a tomar en cuenta tanto las acciones como las inacciones estatales, las dificultades enunciadas se agigantan. En tales casos, los tribunales deberían imaginar cuál es el universo de decisiones que podrían ser adoptadas (por la legislatura) en favor de los grupos desaventajados, tomar una opción entre las permisibles, obligar a que la misma se aplique y controlar su cumplimiento. Esta tarea no resulta imposible, aunque resulta extremadamente riesgosa, por lo que tal vez encontremos aquí una razón adicional para restringir el principio de apoyo a grupos desaventajados sólo a las acciones estatales.

La elección de principios

En muchas ocasiones, no habrá grandes diferencias de resultado, a partir del hecho de que los tribunales opten por el principio antidiscriminatorio o por el principio de apoyo a los grupos desaventajados. Un ejemplo de tal situación —que calificaré como de «primer orden»— sería aquella situación en la que el Estado excluye a los afroamericanos de las instituciones públicas. Frente a este tipo de situaciones —que constituyó el objeto más importante de atención judicial en los años cuarenta y en las dos décadas siguientes—, probablemente el resultado al que se llegue sea el mismo, cualquiera que sea el principio al que se apele. De todos modos, aun aquí seguiría prefiriendo la opción en favor del principio de apoyo a los grupos desaventajados, y ello, en razón de su franqueza porque refleja de un modo más adecuado el proceso intelectual realizado por el juez, al tomar su decisión.

Hoy en día, de todas formas, nos encontramos frente a situaciones que difieren de las referidas en el párrafo anterior. Actualmente, los tribunales se enfrentan a acciones estatales no discriminatorias (como el cierre de ciertos servicios públicos) o desafíos frente a acciones estatales aparentemente neutrales (como las pruebas de admisión para trabajos o plazas vacantes en los colegios). En estas situaciones de «segundo orden», puede defenderse el principio de apoyo a los grupos desaventajados por razones que van más allá de su franqueza. Este

principio nos permite ver mejor cuáles son las cuestiones en juego, y así nos ayuda a alcanzar también la mejor solución frente a las prácticas estatales que agravan la posición subordinada de los grupos especialmente desaventajados. Por supuesto, y utilizando el principio antidiscriminatorio, un tribunal que así se lo propusiera podría llegar a alcanzar resultados similares a los que se obtendrían a partir del principio alternativo. Sin embargo, tal resultado se deberá más bien al azar, o implicará una modificación tan significativa del principio antidiscriminatorio —a través de invocaciones como las «discriminaciones pasadas», las «discriminaciones *de facto*» o los «derechos fundamentales»—, que el mismo pasará a convertirse en un principio incoherente, y quedará transformado en aquello que nunca se intentó que fuera. En estas situaciones, el principio de apoyo a los grupos más desaventajados debería resultar favorecido, por el nivel de coherencia que permite y por la amplitud de su alcance.

Existen, de todos modos, situaciones de «tercer orden» que deben ser consideradas —así, por ejemplo, las medidas estatales destinadas a dar un tratamiento preferencial a los afroamericanos. En este caso, la cuestión reside más en la elección de principios que en la franqueza, la probabilidad de alcanzar el resultado correcto o la elegancia formal. Nos encontramos aquí frente a un genuino conflicto de principios. El principio antidiscriminatorio, con su carácter individualista, su preocupación por los medios que se escogen y las simetrías que propone, tiende a sugerir la prohibición de medidas tales como el tratamiento preferencial; el principio de apoyo a grupos desaventajados, en cambio, tiende a considerar las medidas de ese tipo como permisibles (y aun puede dar fundamento a la demanda de «cuarto orden» destinada a considerar exigible ese tratamiento preferencial). Según entiendo, este tipo de conflictos debe ser resuelto en favor del principio de apoyo a los grupos desaventajados, pero no de un modo excluyente. Este principio, tal como ha ocurrido con el principio antidiscriminatorio, debe ser visto como compatible con la aplicación de otros principios. En tal sentido, puede llegar a ser considerado como un principio suplementario: el uso del mismo puede verse como más importante cuando se pasa de las cuestiones de «primer» orden a las de «segundo», y de allí a las de «tercer» orden. Cuando se llega a las cuestiones de

«tercer» orden, debe construirse una jerarquía entre ambos principios, y en caso de conflicto entre ambos aplicar en primer lugar el principio que se considere superior. Sostendré que, en la construcción de este orden jerárquico, el principio de apoyo a los grupos desaventajados debe ocupar el primer lugar, debe situarse por encima del principio antidiscriminatorio. De todos modos, sería el primero en reconocer que esta elección no resulta sencilla.

A la hora de realizar esta elección, parte de la dificultad reside en el hecho de que el material habitual de las decisiones judiciales —la historia legislativa, los textos legales— no nos proveen de una guía suficiente. La historia indica que la Cláusula de la Igual Protección fue redactada para proteger a los afroamericanos. Pero no nos dice si es que consideraba a los afroamericanos como grupo o como individuos, ni nos dice mucho acerca de la intensidad o el grado de protección que se les debe asegurar. Del mismo modo, el texto no hace mucho más que otorgar estatus constitucional al ideal de igualdad, y limitarlo a partir de la exigencia de acción estatal. Resulta difícil creer que el empleo de la palabra «persona» haya aparecido con el objeto de restarle importancia a la pertenencia a algún grupo. Fundamentalmente, el texto permite que los tribunales le den un significado más preciso al ideal de igualdad. La cuestión ética que está en juego es la de si va a ponerse fin a la posición de subordinación perpetua de los afroamericanos, con qué velocidad y a qué costo.

El principio antidiscriminatorio se vincula al concepto de igual tratamiento, y algunos podrían sostener que el mismo debería ser el principio prioritario dado que el igual tratamiento constituye un objetivo más ampliamente aceptado, como objetivo de acción personal y social (o, al menos, que dicho objetivo está más de acuerdo con algunos valores americanos tradicionales, como el individualismo). De todos modos, este argumento me parece equivocado, por más que una encuesta informal de Gallup nos ponga frente al resultado previsible. La función del oráculo no es la de decirle a la gente —ya sea a las personas comunes o a moralistas críticos— lo que ya conocen.

Ante todo, la moral pública puede ser sólo un reflejo: el concepto de igual tratamiento puede ser el más aceptado, dentro del ideal de igualdad, porque es el que más se ajusta al concepto de igualdad pre-

viamente propuesto por la Corte Suprema y porque es el que se encuentra incorporado en el derecho. La Cláusula de la Igual Protección provee a la Corte con una plataforma textual a partir de la cual puede pronunciarse acerca del significado de la igualdad; ella le da forma a tal ideal. Estos pronunciamientos judiciales son vistos como parte del «derecho», y juegan un rol importante –aunque no decisivo– en la formación de la moralidad popular.²¹ El derecho ayuda a determinar el contenido de la igualdad, no es sólo un instrumento de la misma. Por supuesto, esta relación entre el derecho y la moralidad popular no niega la existencia de esta última. Lo que significa, en cambio, es que el principio de apoyo a los grupos desaventajados también puede ser ampliamente sostenido, una vez que el mismo sea adoptado por la Corte Suprema –una vez que el poder judicial diga que este principio y el concepto de igual estatus juegan un papel importante dentro del ideal constitucional de la igualdad.

La referencia a la moralidad popular prevaleciente resulta particularmente inapropiada, además, cuando lo que se intenta construir es un instrumento para la protección constitucional de las minorías. Nuestros compromisos hacia la democracia pueden indicarnos que nos apoyemos en la ciudadanía para adoptar o no una enmienda constitucional, pero una vez que se completa ese proceso, una nueva referencia al electorado, con el objeto de determinar el contenido del ideal incorporado en la Constitución, parece inconsistente con la misma idea de restricción constitucional. Todas las restricciones constitucionales han de ser contramayoritarias, y esta restricción, dirigida a proteger a las minorías raciales, debe serlo muy especialmente.

Podría decirse que la prioridad entre los dos principios en juego debería determinarse no a partir del texto, la historia o la moralidad popular, sino a partir de ciertos valores institucionales –cuál de estas estrategias va a favorecer mejor los ideales propios de la institución en juego. El predominio de la estrategia antidiscriminatoria podría explicarse, en parte, por sus supuestas ventajas institucionales: la objetividad y la neutralidad valorativas. Supuestamente, a través de este principio los jueces no se verán llevados a realizar planteos acerca de los fines. Las líneas de distinción que se tracen serán claras. Las decisiones de los tribunales no se basarán fundamentalmente en cuestio-

nes empíricas. En cambio, y a partir del principio de apoyo a los grupos desaventajados, los jueces pueden verse forzados a lidiar con entidades altamente especulativas, que son los grupos sociales. El mismo principio exige el examen de sutiles cuestiones empíricas, destinadas a determinar los contornos y el estatus del grupo, así como el impacto que tiene la práctica desafiada sobre el grupo en cuestión. También resulta necesario entrar en consideraciones valorativas, acerca de los costos y beneficios de la práctica en relación con el grupo desaventajado y la comunidad.

Estoy dispuesto a asumir que la estrategia que sugiero va a someter a los jueces a un gran esfuerzo, requiriéndoles la utilización de cuantiosos recursos, imaginación y aun paciencia. Desde el punto de vista de la «jurisprudencia mecánica», el principio de apoyo a los grupos desaventajados no ofrece ventaja alguna. Pero dudo, de todos modos, que estas consideraciones institucionales deban ser las que guíen la elección del principio. Ante todo, porque la imagen que hemos dado de lo que podría ser la vida de los jueces bajo el imperio del principio antidiscriminatorio —juicios de valor que resultan innecesarios, líneas de distinción claras, ausencia de consideraciones empíricas— resulta altamente ilusoria. Los tribunales deben determinar, también en estos casos, si el propósito de la clasificación en juego es «legítimo» o no, si la clasificación es «sospechosa», si los derechos en juego son «fundamentales», cuáles son los propósitos ordinarios o especiales, si resulta permisible o no dar «un paso a la vez», si el «encaje» seleccionado es el que corresponde. Más aún, cuando la estrategia antidiscriminatoria se modifica para dar cabida a cuestiones como «discriminaciones pasadas» o «discriminación *de facto*», tal como creo que es necesario hacer, los interrogantes empíricos resultan abrumadores, y la apelación a juicios de valor se convierte en norma (por ejemplo, para determinar si deben eliminarse o no los efectos de las discriminaciones pasadas).

De todos modos, aun si pudiera demostrarse (de alguna forma) que el principio antidiscriminatorio resulta más apropiado para el logro de ciertos ideales tradicionales dentro del ámbito judicial, todavía estaría por verse si los mismos —los ideales de la «jurisprudencia mecánica»— deben ser preservados o no (o, al menos, preserva-

dos aun al costo de dejar de lado soluciones más justas). Puede ser entendible que los jueces quieran escoger tal estrategia, pero ello no convierte la misma en una estrategia justa o inevitable. Los objetivos redistributivos a los que el principio de apoyo a los grupos desaventajados viene a servir —mejorar la situación de al menos un grupo que ha sufrido, durante siglos, una situación de subordinación— pueden, simplemente, forzar a que se dejen de lado aquellas ventajas institucionales previamente invocadas.

Finalmente, aun si estos argumentos institucionales nos movieran a preferir el principio antidiscriminatorio, debe recordarse que en el mejor de los casos ellos determinan la elección que deben realizar los jueces. Estos argumentos no pueden ser utilizados por todos. Debe trazarse una línea muy clara entre los principios que rigen el procedimiento judicial y aquellos que rigen dentro de los procedimientos no judiciales, algunos legislativos, otros privados. Éste es uno de los sentidos en los que debe realizarse una separación entre el derecho y la moral. Las consideraciones institucionales tienen poca relevancia para aquellos que no actúan como jueces y que, sin embargo, deben luchar para dar significado al ideal de igualdad —por ejemplo, ciudadanos que deben tomar decisiones en relación con las políticas de admisión de una escuela de derecho, o legisladores que actúan conforme a la sección quinta de la Enmienda Catorce. Tampoco debería permitirse que estas consideraciones institucionales operen *sub silentio* en las esferas no judiciales, un mal que se produce cuando la ciudadanía les otorga demasiada importancia a las decisiones judiciales sobre la igualdad, por ejemplo, cuando no se toma en cuenta la razón por la que se ha escogido una cierta estrategia, y se delega en los pronunciamientos judiciales la tarea de definir qué es lo que significa «igualdad» dado que «ésa es la ley» o, peor aún «ésa es la Constitución».

La explicación del porqué de esa habitual deferencia en favor de la opinión de los jueces encuentra raíces muy profundas. Tal actitud puede reflejar la necesidad psicológica de que una cierta autoridad sea la que decida, en materia de moral individual. La necesidad puede resultar especialmente aguda cuando, como ocurre en este tipo de casos, las cuestiones éticas resultan muy difíciles, los argumentos de un lado y del otro se encuentran en equilibrio, y no estamos en un caso

de conflicto entre libertad e igualdad sino en un conflicto entre dos tipos de igualdad, el del igual tratamiento y el del estatus igual. Más aún, cuando lo que se exige es una moralidad de alcance nacional, una moralidad que sea capaz de imponerse por sobre la moral particular propia de distintas regiones, tal como ocurre en las cuestiones raciales, la Corte Suprema se encuentra especialmente bien situada para constituirse en la autoridad decisoria. El impacto de los pronunciamientos judiciales sobre la moral positiva pueden rastrearse, también, en la posición estratégica que ocupan los abogados dentro de nuestra sociedad, como formadores de opinión y como directores de importantes instituciones no legales. La Corte es, para ellos, *su* institución y ellos se sienten forzados a referirse a ella cuando formulan su propia concepción sobre la igualdad.

De todos modos, cualesquiera que sean las razones que expliquen tal deferencia, y más allá de si tales razones son entendibles o no, lo que me parece importante es que seamos cada vez más conscientes del rol que juegan los pronunciamientos judiciales en la formulación del ideal de igualdad, de la naturaleza de las elecciones que deben realizar los tribunales y de la explicación de tales elecciones. Deberíamos ser conscientes del hecho de que el principio antidiscriminatorio no resulta inevitable y que, en verdad, su predominio puede deberse a la presencia de valores institucionales que tienen poca relevancia para la moralidad individual o la elección de políticas legislativas. Como mucho, tales valores explican el porqué de la elección de estrategias que realizan los jueces. El reconocimiento de estos hechos no implica, necesariamente, que deba adoptarse el principio de apoyo a los grupos desaventajados, en lo que hace a la moralidad individual o en la formulación de políticas legislativas. Otras consideraciones a las que no se les otorga mayor importancia, a la hora de determinar cuál es la interpretación correcta de la Cláusula de la Igual Protección —tales como las consideraciones de equidad individual—, pueden jugar un rol muy importante a la hora de determinar lo que debe hacer el ciudadano o el legislador. Viejos dilemas pueden aparecer con nuevos ropajes.

Notas

1. Se reproduce aquí sólo la última parte del artículo original de Owen Fiss, desde el punto IV en adelante. La extensión del mismo hacía imposible incorporarlo en su totalidad. De todos modos, la primera importancia del mismo (a la hora de pensar en estrategias jurídicas capaces de contribuir con la suerte de los grupos desaventajados) nos ha llevado a incorporar, al menos, la parte propositiva del trabajo, en donde se defiende un principio de apoyo a los grupos desaventajados, destinado a reemplazar al principio antidiscriminatorio, que es el que se utiliza habitualmente, cuando se quiere interpretar la Cláusula de la Igual Protección de la Constitución Norteamericana. Título original: «Groups and the Equal Protection Clause», *Philosophy & Public Affairs*, 5 (1976), págs. 107-117. Traducción de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino.

2. El principio antidiscriminatorio, que de este modo es puesto en cuestión, propone que las normas sean examinadas a partir de una racionalidad medios-fines: debe comprobarse que las normas no sean sobre-inclusivas (abarcando a más personas de las que debería abarcar), ni sub-inclusivas (excluyendo a personas que no debería excluir). [N. del T.].

3. Recuérdese que la Cláusula en cuestión hace referencia a que «ningún Estado podrá privar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales de la igual protección de las leyes». [N. del T.].

4. Tussman y TenBroek, «The Equal Protection of Laws», *California Law Review* 37 (1949), pág. 341. [N. del T.].

5. Sobre la condición de los afroamericanos libres, véase I. Berlin, *Slaves Without Masters: The Free Negro in the Antebellum South*, Nueva York, 1974; J. Franklin, *From Slavery to Freedom*, 3.^a ed., Nueva York, 1967; *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

6. Una discusión importante sobre las dificultades de elaborar un concepto aceptable, en cuanto a los grupos, en B. Bittker, *The Case for Black Reparations* (New York, 1973), particularmente caps. 8, 9, y 10. Literatura anterior, sobre el tema de grupos, en Reisman, «Democracy and Defamation: Control of Group Libel», *Colorado Law Review* 42 (1942), pág. 727; Pekelis, «Full Equality in a Free Society: A Program for Jewish Action», en *Law and Social Action*, ed. por M. Konvitz (Ithaca, N. Y., 1950), págs. 187, 218. Una discusión acerca del rol de los grupos dentro del trabajo de John Rawls, en R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974), pág. 190; Van Dyke, «Justice as Fairness: For Groups?» *American Political Science Review* 69 (1975), pág. 607.

7. Véase, en general, Bayles, «Reparations to Wronged Groups», *Analysis* 33 (1973), pág. 177; Cowan, «Inverse Discrimination», *Analysis* 33 (1972), pág. 10; Shiner, «Individuals, Groups and Inverse Discrimination», *Analysis* 33 (1973), pág. 182; Taylor, «Reverse Discrimination and Compensatory Justice», *Analysis* (1973), pág. 185; Sher, «Justifying Reverse Discrimination in Employment», *Philosophy and Public Affairs* 4 (1975), pág. 159.

8. El punto importante tiene que ver con la duración de esa situación, y no con el hecho de que la subordinación se produjo en el pasado o se producirá en el futuro.

9. No trato aquí de cuestiones tales como la dilución (re-diseñar los distritos electorales de modo tal de dividir al grupo), o la inmersión del grupo (incluyéndolo dentro un universo de gente más amplio), dado que tengo dudas acerca de la difusión y constitucionalidad de estas prácticas. Ver, al respecto, *Witcomb v. Chavis*, 403 U.S. 124 (1971); *White v. Regester*, 412 U.S. 755 (1973).

10. Los términos citados pertenecen al Juez Stone, en la nota al pie del caso *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153 (1938).

11. Compárese con el enfoque presentado por el Juez Marshall en *San Antonio Ind. School Dist. v. Rodríguez*, 411 U.S., 170 (1973).

12. Ver Talcott Parsons, refiriéndose al estatus cambiante de los chinos y japoneses en los Estados Unidos, en «Some Theoretical Considerations on the Nature and Trends of Change of Ethnicity», en *Ethnicity*, comp. por N. Glazer y D. Moynihan (Cambridge, Mass., 1975), págs. 73-74.

13. En algún sentido, el juez Powell se refiere a este problema en su opinión en el caso *San Antonio School District v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973), empleando un concepto de grupo social como el que se defiende en este trabajo. Ver también, al respecto, Michelman, «Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment», 83 *Harv. L. Rev.*, 7 (1869), sugiriendo lo inapropiado de utilizar la teoría antidiscriminatoria en este contexto. Véase también Bell, «Ethnicity and Social Change», en *Ethnicity*, comp. por N. Glazer y D. Moynihan, Cambridge, Mass., 1975, pág. 141.

14. Para una elaboración de este punto véase mi artículo «School Segregation: The Uncertain Path of the Law», *Philosophy and Public Affairs* 4 (1974), págs., 7-11.

15. Véase Bell.

16. Véase Parsons, pág. 77.

17. Véase el agudo artículo de Duncan, «Inheritance of Poverty or Inheritance of Race?» en *On Understanding Poverty: Perspectives from the Social Sciences*, ed. por Moynihan, Nueva York, 1968.

18. Véase *Hart v. Community School Board n. 21*, 383 F. Supp 699 (e.D.N.Y. 1974); *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 16-17 (1958); *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60, 81 (1917).

19. Charles Black, «Foreword: State Action, Equal Protection and California's Proposition 14», *Harvard Law Review* 69 (1967), pág. 73.

20. Véase Winter, «Poverty, Economic Equality and the Equal Protection Clause», *The Supreme Court Review* (1972), págs., 41, 89.

21. El impacto de *Brown v. Board of Education* sobre la moralidad popular resulta claro, en este sentido. Del mismo modo, la decisión de la Corte Suprema en *DeFunis*.