

PROGRAMAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN LOS PROCESOS DE ADMISIÓN UNIVERSITARIA: UN ACERCAMIENTO DESDE LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA

ARTÍCULO

ISA MABEL SANTORI RODRÍGUEZ*

Introducción	195
I. Acción afirmativa: Inicios y definición	196
II. Acción afirmativa y las teorías de la justicia	198
III. Acción afirmativa en los procesos de admisión universitaria y el Tribunal Supremo de Estados Unidos: el pasado	209
A. <i>Regents of University of California v. Bakke</i>	210
B. <i>Grutter v. Bollinger</i>	214
IV. Futuro de los programas de acción afirmativa en la universidad.....	219
Conclusión	222

INTRODUCCIÓN

La acción afirmativa o discriminación positiva se encuentra nuevamente en el ámbito de discusión pública debido a la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos de atender el caso *Fisher v. University of Texas*.¹ El resultado de esta decisión puede tener serias implicaciones para el acceso de las minorías a la educación universitaria. Los programas de acción afirmativa, que toman en cuenta la raza de los individuos en el proceso de admisiones a la universidad, se han convertido nuevamente en un punto de controversia y debate entre políticos, académicos, juristas, minorías y el público en general. Esto, a pesar de que el Tribunal Supremo indicó en *Grutter v. Bollinger* que su decisión de permitir la acción afirmativa en las políticas de admisión universitaria que buscan lograr tener un cuerpo estudiantil diverso no serán necesarias luego de veinticinco años.² Sin embargo, nueve años más tarde nos encontramos en un momento crítico para la subsistencia o eliminación de estos programas.

* La autora es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y candidata a graduación en junio 2013. Bachillerato en Administración de Empresas, con concentración en Recursos Humanos y Finanzas de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras (2010).

1 *Fisher v. University of Texas*, 631 F.3d 213 (5to Cir. 2011).

2 *Gutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

Los programas de acción afirmativa, sus propósitos, su efectividad, sus fundamentos, los diversos métodos de aplicarlos o llevarlos a cabo, entre otros, son asuntos que se están discutiendo actualmente con fervor, sin embargo, no son suficientes para un acercamiento completo a los mismos. Es necesario volver a atender la evaluación de estos programas desde la perspectiva de las distintas teorías de la justicia, para intentar entender si la acción afirmativa violenta los principios básicos de justicia. El análisis debe ser uno continuo y ponderado, pues los programas de admisión universitaria basados en el mérito tienden a producir desigualdad al ser seleccionados los más talentosos y/o los mejores educados, sin tomar en cuenta los diversos factores que pueden haber influenciado en el desempeño de los estudiantes pertenecientes a grupos minoritarios. El resultado de estos programas es que aquellos con menos talentos, oportunidades y educación se ven rezagados en el proceso de admisión universitaria.

El enfoque de este trabajo es evaluar los diferentes argumentos en contra y a favor de estos programas que surgen de las distintas teorías de la justicia, así como la justicia o injusticia detrás de la posible eliminación de estos programas a nivel de la educación universitaria. Además, se evaluarán los diferentes argumentos que se han presentado en las opiniones mayoritarias del Tribunal Supremo de Estados Unidos los cuales han atendido la constitucionalidad y permisibilidad de los programas de acción afirmativa en las políticas de admisión universitaria. Pero antes de comenzar, es necesario definir y delimitar el concepto de acción afirmativa o discriminación positiva.

I. ACCIÓN AFIRMATIVA: INICIOS Y DEFINICIÓN

En Estados Unidos la acción afirmativa encuentra su fundamento en el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, mediante la cual se prohíbe la discriminación por raza, sexo, color, religión o nacionalidad de origen.³ Sin embargo, este término se originó mediante la Orden Ejecutiva Núm. 10925 de 1961.⁴ A pesar de que la misma no definió el término, ordenó al gobierno a “promover y asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas calificadas, sin importar la raza, etnia, color, u origen social, que [estuviera] empleada o buscara empleo en el Gobierno Federal y en contratos con el gobierno”.⁵ Esta orden fue sobreesida por la Orden Ejecutiva Núm. 11246 de 1965, la cual ordenó el establecimiento en todos los departamentos y agencias ejecutivas de “un programa de igual oportunidad en el empleo para todos los empleados civiles y solicitantes a

³ Nicholas Smith, *Affirmative Action: Its Origin and Point*, 8 SAJHR 234, 235 (1992) (citando a A.H. GOLDMAN, JUSTICE AND DIVERSE DISCRIMINATION 204 (1979)).

⁴ Los orígenes de los programas de acción afirmativa se pueden trazar también hasta la atención del problema de segregación racial en los Estados Unidos en la década de los 1960 por las cortes de los jueces presidentes Warren y Burger. Véase Charles V. Dale, CONG. RESEARCH SERV., RS 22256, FEDERAL AFFIRMATIVE ACTION LAW: A BRIEF HISTORY (2005), disponible en <http://www.au.af.mil/au/wc/awcgate/crs/rs22256.pdf>.

⁵ Exec. Order No. 10925, 26 Fed. Reg. 1977 (Mar. 6, 1961) (traducción suplida).

empleo dentro de su jurisdicción”,⁶ de acuerdo a una política pública que prohíbe la discriminación en el empleo por raza, etnia, color, origen social y sexo. Otras regulaciones, órdenes, leyes estatales y federales, y los tribunales han continuado con el desarrollo del concepto de acción afirmativa hasta lo que conocemos hoy día.

La *Stanford Encyclopedia of Philosophy* define acción afirmativa como “pasos positivos tomados para aumentar la representación de mujeres y minorías en las áreas de empleo, educación y negocios de los cuales han sido excluidos históricamente”.⁷ Por lo general, es vista como un suplemento al sistema normal de distribución de aquellas oportunidades que se buscan de forma competitiva y como un medio para llevar a cabo la política pública que permite al estado alcanzar la justicia social.⁸ Estos programas tienden a modificar los criterios de selección en el empleo o de admisiones en la universidad, ya sea mediante el establecimiento de cuotas o prioridad para miembros de un grupo minoritario, para cumplir con una función u objetivo social.⁹

Existen diversos métodos de acción afirmativa que varían de acuerdo a las condiciones sociales que quieren corregir. Algunas de estas condiciones incluyen raza, género, condiciones socioeconómicas,¹⁰ una combinación de éstos, entre otros. Los programas también varían de acuerdo a su propósito y a la forma en que se acercan y tratan estos problemas. Entre los propósitos que puede tener la discriminación positiva se encuentra: la remediación de discriminación pasada, tanto contra individuos como en general; el aumento de la diversidad; aumento en el poder político de las minorías; proveer modelos a seguir; y aumentar la riqueza y los servicios que se ofrecen a las minorías.¹¹ De acuerdo al propósito del programa, y de acuerdo a lo que está permitido por ley, se determinan las técni-

⁶ Exec. Order No. 11246, 3 C.F.R. 339 (1964-1965). Véase Exec. Order No. 13279, 67 Fed. Reg. 77141 (Dec. 12, 2002); Exec. Order No. 12086, 3 C.F.R. 230 (1978); Exec. Order No. 11478, 3 C.F.R. 803 (1966-1970); Exec. Order No. 11375, 32 Fed. Reg. 14303 (Oct. 13, 1967) (donde se añade la clasificación de sexo).

⁷ Robert Fullinwider, *Affirmative Action*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, (Dec. 28, 2001), <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/affirmative-action/> (traducción suplida).

⁸ María Clara Dias, *Affirmative Action and Social Justice*, 36 CONN. L. REV. 871 (2004); Richard H. Fallon, Jr., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. REV. 1913, 1916 (1996).

⁹ Dias, *supra* nota 8, en la pág. 871; Fallon, *supra* nota 8, en la pág. 1918.

¹⁰ Con respecto a las condiciones económicas, Richard H. Fallon, Jr. describe la existencia de tres tipos de programas de acción afirmativa basados en estas consideraciones: mérito, transformativos y no mérito. Los basados en mérito son aquellos que aceptan los sistemas normales de distribución de oportunidades, pero ajustan los criterios de evaluación para poder medir las capacidades de grupos particulares. Por otra parte, los programas transformativos entienden que los estándares de excelencia deben ser transformados, de manera que reflejen una perspectiva más amplia en términos de diversidad de raza, clase y género. Por último, la acción afirmativa que no está basada en méritos, podría establecer algún límite de *meritocracia* con el cual todos los que soliciten a la posición o a la universidad deberían cumplir, pero más allá de ese nivel entrarían en consideraciones económicas, de raza y/o género de los solicitantes. Fallon, *supra* nota 8, en las págs. 1928-30.

¹¹ Véase Theodore MacMillan, *In Defense of Affirmative Action*, 54 WASH. U. J. URB. & CONTEMP. L. 39 (1998); Erwin Chemerinsky, *Making Sense of the Affirmative Action Debate*, 22 OHIO N.U. L. REV. 1159, 1161-67 (1996).

cas a utilizarse. Las mismas van desde la contratación o admisión agresiva de minorías hasta el establecimiento de metas y guías de tiempo, y la utilización de la raza como uno de los elementos a considerarse.¹²

Los casos atendidos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos con respecto a la discriminación positiva en las políticas de admisión a la universidad se han enfocado en la clasificación de raza y no en otros factores, como la condición socioeconómica de un grupo o individuo particular. Pasemos entonces a ver los casos que ha atendido el Tribunal Supremo sobre la constitucionalidad o permisibilidad de los programas de acción afirmativa a nivel universitario.

II. ACCIÓN AFIRMATIVA Y LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA

Antes de considerar el posible futuro de los programas de acción afirmativa en los procesos de admisión universitaria, es necesario realizar un análisis más completo de estos programas desde las teorías de la justicia. La concepción que se tiene sobre lo que es la acción afirmativa determina en muchas ocasiones los argumentos a favor o en contra de la misma. Por ejemplo, se puede tener una concepción que caracteriza la acción afirmativa tanto como una:

[P]olítica remedial, diseñada para ayudar a sobrepasar el legado de discriminación pasada y para combatir los efectos de la discriminación continua basada en raza o en otras características . . . [como] una política discriminatoria en el sentido de que, como un medio para ofrecer un remedio para discriminación ilegal, pesa de manera diferente las características de adscripción lo que de otro modo sería impermisible considerar en la admisión.¹³

Mientras que la concepción de la discriminación positiva como una política remedial sienta la base para argumentos que indican que estos programas avanzan la causa de igualdad y promueven el alcance de los beneficios que provee tener un cuerpo estudiantil diverso, la segunda concepción es característica de argumentos que indican que esta política viola la decimocuarta enmienda, pues permite que se tomen las características inmutables de un individuo en su contra.¹⁴

Ronald Dworkin, en *Los derechos en serio*, presenta un argumento a favor de la acción afirmativa y atiende la alegada violación en la que incurren estos programas de la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Esta enmienda establece que:

Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado pri-

¹² Chemerinsky, *supra* nota 11, en las págs. 1168-69.

¹³ Matthew DeBell, *Affirmative Action in Higher Education: Insults, Preferences, and the Dworkin Defense*, 85 NEB. L. REV. 508, 509 (2006) (traducción suplida).

¹⁴ *Id.* en las págs. 509-10.

vará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.¹⁵

Dworkin enfatiza que esta cláusula de igual protección de las leyes no define lo que es igualdad y que es “improbable que [los redactores de la Constitución] intentasen proscribir toda clasificación racial o que esperasen que el resultado de lo que expresaban fuera una prohibición tal”.¹⁶ El autor entiende que los ciudadanos tienen derecho a igual tratamiento y a ser tratados como iguales. Nos dice que “[e]l derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como un asunto inquietante, pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal”.¹⁷

Dworkin entiende que la discriminación contra los negros, aun cuando esté basada en la política pública plausible, es injusta e insultante, y que los “argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine a favor de los negros son tanto utilitaristas como idealistas”.¹⁸ Más allá de los argumentos a favor de los programas de acción afirmativa el autor establece que:

Los criterios raciales no son necesariamente los estándares correctos para decidir qué aspirantes deben ser aceptados por las facultades de derecho, pero tampoco lo son los criterios intelectuales, ni – a la verdad – ningún otro conjunto de criterios. La equidad – y la constitucionalidad – de cualquier programa de admisión debe ser medida con el mismo criterio. El programa se justifica si sirve una política adecuada, que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario.¹⁹

Ahora, lo que garantiza la cláusula de igual protección de las leyes es que el individuo va a ser “tratado igualmente, con igual preocupación y respeto, en los procesos políticos y deliberaciones que producen esas decisiones”.²⁰

En *Justice for Hedgehogs* el autor enfatiza que una política de *laissez-faire* no demuestra la misma preocupación por todas las personas que componen la sociedad, menos aun cuando se considera que “las personas no son responsables por mucho de lo que determina su lugar en una economía. No son responsables por su dotación genética y talento innato . . . [ni] por la mala o buena suerte que hayan tenido durante sus vidas”.²¹ Por otra parte, según el autor, para que una comunidad política pueda imponer obligaciones a sus miembros, debe asegurar-

¹⁵ U.S. CONST. amend. XIV, § 1 (traducción suplida).

¹⁶ RONALD DWORKIN, *LOS DERECHOS EN SERIO* 331 (Marta Guastavino trad., Editorial Ariel 1984) (1977).

¹⁷ *Id.* en la pág. 333.

¹⁸ *Id.* en la pág. 347.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Ronald Dworkin, *Affirmative Action: Is It Fair?*, 28 *JOURNAL OF BLACKS IN HIGHER EDUCATION* 79, 80 (2000) (traducción suplida).

²¹ RONALD DWORKIN, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* 3 (2011) (traducción suplida).

se de que “sus políticas traten sus destinos como igualmente importantes y respeten sus responsabilidades individuales para sus propias vidas”.²² Si no trata a todas las personas de esta manera, el gobierno no puede imponerle ninguna obligación a los individuos, ni siquiera si la misma busca el bienestar social general.²³ Esto implica que los programas de acción afirmativa podrían ser una solución para ayudar a las personas a lograr la posición en la que pudieran estar si se eliminan aquellos factores que no están bajo su control. Con relación a lo antes dicho, Dworkin indica que:

Aun cuando debemos descansar en los mercados actuales de producción e ingreso, debemos suplementar y corregir esos mercados en una variedad de formas. En particular, debemos tratar de eliminar los efectos de la mala suerte y otras desgracias, al juzgar cuánto más comprensivo y justo sería el mercado si se contrastan los costos de proveer oportunidades en contra de tales desgracias.²⁴

Ahora, para que los programas de acción afirmativa puedan ser permisibles, si es que son considerados como una forma de justicia distributiva, los mismos tienen que respetar los principios de igual importancia y respeto.²⁵ Siempre que estos principios se respeten, los programas de acción afirmativa podrían ayudar a colocar a las personas en una posición equitativa, lejos de la influencia de factores arbitrarios, y redundarían en el logro de una distribución de posición y poder en la sociedad que ayude a disolver la desigualdad existente.²⁶

La visión de Dworkin, con respecto a la acción afirmativa, ha sido objeto de críticas. Matthew Badell indica que la aseveración de que los negros se encuentran en desventaja frente a los blancos, debido a consideraciones históricas, es una generalización estereotipada. Este autor argumenta que debido a “que las personas tienen un derecho a un trato basado en su mérito individual y un derecho constitucional a la igual protección de las leyes, no se puede entender que la injusticia experimentada en casos individuales se ve [justificada] por el bien que se hace a favor de los desventajados mediante la política de acción afirmativa”.²⁷ Para Badell, los programas de acción afirmativa que generalizan en torno a la raza son injustos, porque se basan en estereotipos y se termina discriminando en contra de las personas a “base de características que son irrelevantes a sus calificaciones”²⁸ y “violando derechos inherentes a la persona”.²⁹ Si la discriminación positiva va a ser justa, debe tomar en cuenta desventajas actuales caso por caso y no de manera generalizada.³⁰

22 *Id.* en la pág. 330 (traducción suplida).

23 *Id.*

24 *Id.* en la pág. 362 (traducción suplida).

25 *Id.* en la pág. 330.

26 *Id.* en la pág. 88.

27 DeBell, *supra* nota 13, en la pág. 524 (traducción suplida).

28 *Id.* en la pág. 525.

29 *Id.*

30 *Id.*

Otra autora que parte de consideraciones individuales enfocadas en mérito es Margaret K. Woo. La escritora entiende que la acción afirmativa es una selección en los méritos de la persona. Sin embargo, declara que la *meritocracia* actual, basada en números, falla al no considerar: la falta de acceso de algunos grupos a buenas escuelas; la falta de apoyo familiar en la educación; y el que las puntuaciones bajas en las pruebas y notas no implican necesariamente que el estudiante vaya a tener un pobre desempeño académico o profesional.³¹ Woo establece que el mérito va más allá de estadísticas y números, y que se debe considerar “la perseverancia en enfrentar y superar obstáculos”.³² Asimismo, añade que: “[l]a discriminación a base de la raza es un obstáculo social para cualquiera que se encuentre sujeto a esta, y el superar tal obstáculo es evidencia de potencial, carácter y progreso inherente . . . de mérito individual”.³³ Los argumentos de Badell y Woo, sobre la necesidad de evaluar el mérito individual de la persona, reflejan una concepción de justicia que visualiza a los individuos como hacedores de su propia suerte o destino. A pesar de que aceptarían estos programas, el enfoque en mérito parece responder a una visión que busca respetar las acciones y características individuales dentro de un mercado libre y con limitada intervención gubernamental.

Por otra parte, la igualdad de acceso a la educación es un planteamiento que podemos atender al utilizar la teoría de John Rawls, que busca, de cierta manera, lograr la protección de la igualdad de acceso a las libertades, derechos y oportunidades. Rawls, en *Teoría de la Justicia*, establece dos principios de justicia:

- a) [C]ada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertas a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de la diferencia).³⁴

Para Rawls, el primer principio de libertad es principal frente a los demás, por lo que, antes de aplicar el principio de la diferencia, es necesario que se aseguren las libertades básicas y la igualdad equitativa de oportunidades.³⁵ Por otro lado, en *La Justicia como Equidad: Una Reformulación*, Rawls indica que “no nos merecemos . . . el lugar que ocupamos en las distribuciones innatas”.³⁶ El autor no

³¹ Margaret Y. K. Woo, *Reaffirming Merit in Affirmative Action*, 47 J. LEGAL EDUC. 514 (1997).

³² *Id.* en la pág. 518 (traducción suplida).

³³ *Id.*

³⁴ JOHN RAWLS, *LA JUSTICIA COMO EQUIDAD: UNA REFORMULACIÓN* 73 (Andrés de Francisco trad., Paidós 2002) (2001).

³⁵ *Id.* en la pág. 73.

³⁶ *Id.* en la pág. 110 (traducción suplida).

niega que algunos sean más talentosos que otros, sin embargo, entiende que aquellos con mejores o mayores talentos deben explotar los mismos para el beneficio de todos en la sociedad.³⁷ Sin embargo, su comentario es completamente arbitrario, pues las personas no tienen control alguno sobre los talentos que adquieren, la familia en la que nacen o la educación que reciben. John Rawls nunca escribió sobre la acción afirmativa, aunque sí habló de estos programas durante sus conferencias.

Por otro lado, Robert S. Taylor entiende que las categorías más fuertes de acción afirmativa, como el apoyo compensatorio y las cuotas, estarían prohibidas bajo la teoría ideal de Rawls, al violar la oportunidad formal de igualdad y los ideales de “gender and color blindness”.³⁸ Al contrario, la igualdad formal de oportunidades, que elimina las barreras legales a minorías y castiga la discriminación privada en contra de estas, así como la oportunidad formal de igualdad agresiva, que busca alcanzar imparcialidad mediante estrategias como el *sensitivity training*, serían permisibles.³⁹ Taylor considera que bajo la teoría no-ideal de Rawls no estarían permitidas las cuotas para atender los problemas de discriminación porque el preestablecer los resultados competitivos, basándose en consideraciones de justicia, es inconsistente con el espíritu de la oportunidad formal de igualdad.⁴⁰

A pesar de que Taylor argumenta que bajo la teoría de Rawls las cuotas en los programas de acción afirmativa no estarían permitidas, entiendo que en parte Rawls concedería que la misma es necesaria para poder alcanzar una real igualdad de oportunidades, según se definió anteriormente. Rawls entiende que la acción afirmativa puede ser un remedio correctivo temporal, ya que en la sociedad ideal el “tratamiento preferencial no sería compatible con la justa igualdad de oportunidades”.⁴¹ Rawls acepta la desigualdad siempre y cuando la misma produzca beneficios para los más desventajados, a los que define como aquellos que, en una sociedad bien ordenada, “donde todos los ciudadanos tienen asegurados iguales derechos y libertades básicas y oportunidades equitativas . . . pertenecen a la clase de ingreso con las expectativas más bajas”.⁴²

Entre las tres contingencias establecidas por Rawls, que afectan las perspectivas de vida de los ciudadanos, no se encuentra la raza o el género de los individuos.⁴³ Sin embargo, esto es así porque la teoría de Rawls entiende que, en una

37 *Id.* en la pág. 112.

38 Robert S. Taylor, *Rawlsian Affirmative Action*, 119 *ETHICS* 476, 481 (2009).

39 *Id.* en las págs. 481-82.

40 *Id.* en la pág. 481.

41 *Id.* en la pág. 476 (traducción suplida).

42 RAWLS, *supra* nota 34, en la pág. 92.

43 Rawls dice que:

La justicia como equidad se centra en las desigualdades en las perspectivas de vida de los ciudadanos – sus perspectivas para un ciclo vital completo (tal como quedan determinadas por un índice adecuado de bienes primarios), – en la medida en que esas perspectivas se ven afectadas por tres clases de contingencias: a) su clase social de origen, es decir, la clase

sociedad ideal, estas clasificaciones no serían necesarias.⁴⁴ El propio autor reconoce que una teoría de justicia como equidad sería defectiva si no acepta que existen momentos en que es necesaria la justificación de la existencia de instituciones sociales y legales para asegurar la igualdad de las mujeres y las minorías.⁴⁵ Esto es especialmente cierto cuando tenemos que atender la situación en un mundo injusto o no-ideal, donde los efectos de la discriminación por raza, sexo y clase social continúan teniendo efectos negativos en la sociedad norteamericana.

Indica Thomas Nagel que la discriminación racial viola el primer principio de la teoría de Rawls que, como se expuso anteriormente, requiere que se les garantice a todos los individuos las libertades básicas, así como un estatus político igual.⁴⁶ Nagel entiende que el que se justifiquen los programas de acción afirmativa mediante un criterio de diversidad reduce “la razón principal para las preferencias raciales, que es tratar de sobrepasar la estratificación social continua de nuestra sociedad en líneas raciales al utilizar la educación para traer más afroamericanos a la corriente principal de poder e influencia económica, profesional y política”.⁴⁷ Bajo la teoría de Rawls, la acción afirmativa busca combatir una violación al principio de igualdad de oportunidades.⁴⁸ Por lo tanto, siempre y cuando estos programas trabajen para rectificar la situación injusta que produce la discriminación racial y otras desventajas como la pobreza, serán permisibles.⁴⁹

La falta de oportunidad de igual acceso a estudios universitarios podría considerarse como una desigualdad social y económica porque impide la búsqueda de una mejor preparación académica y de profesiones que requieren un grado universitario de este tipo. Según Rawls, “[e]n todas las partes de la sociedad debe haber aproximadamente las mismas perspectivas de cultura y logro para los que están similarmente motivados y dotados”.⁵⁰ No obstante, los individuos pueden estar similarmente motivados y dotados sin que estas características se vean reflejadas en los resultados de los exámenes de admisión universitaria o en el desempeño académico en la escuela superior, pues existen consideraciones de raza, género y clase social, entre otros factores, que pudieran tener un impacto en los mismos. Por lo tanto, en una sociedad que no funciona según los lineamientos

en la que nacen y se desarrollan antes de la edad de la razón; b) sus dotaciones innatas (a diferencia de sus dotaciones realizadas); y sus oportunidades de desarrollar esas dotaciones en la medida en que se ven afectadas por su clase social de origen; y c) su buena o mala fortuna, o buena o mala suerte, en el transcurso de su vida (cómo se ven afectados por la enfermedad o los accidentes y, digamos, por los períodos de desempleo involuntario y el declive económico regional).

Id. en las págs. 87-88.

⁴⁴ *Id.* en las págs. 98-99.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Thomas Nagel, *John Rawls and Affirmative Action*, 39 THE JOURNAL OF BLACKS IN HIGHER EDUCATION 82 (2003).

⁴⁷ *Id.* en la pág. 84 (traducción suplida).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* en la pág. 84.

⁵⁰ RAWLS, *supra* nota 34, en la pág. 74.

de la teoría ideal, no sería incorrecto considerar que la falta de igual acceso a la universidad impida que los individuos tengan las mismas expectativas de logro.

Contrario a esta perspectiva de Rawls, existen autores que entienden que la acción afirmativa no es lo mismo que la igualdad de oportunidades, pues esta segunda requiere la consideración de las capacidades de los individuos en una base equitativa, que responde al mérito de la persona determinado solamente a base de la habilidad de esto con respecto a otros candidatos.⁵¹ Los argumentos a favor de la acción afirmativa, tales como la idea de justicia compensatoria, justicia distributiva y la utilidad social, buscan sostenerse en una visión de igualdad, la cual no se justifica pues “las disparidades o desventajas económicas, e incluso la discriminación legal sistemática, no causan disparidades económicas necesariamente”.⁵²

Por un lado, la idea de compensación no distingue entre los miembros de los grupos minoritarios que se encuentran bien económicamente y los que no lo están. Por lo cual, la justicia distributiva trae consigo el problema de la determinación de si lo que provocó las disparidades fue la raza u otros factores, tales como la educación, la determinación personal, la preferencia de trabajo, entre otros, y cómo la sociedad debe atender esta situación.⁵³ Usualmente, quienes argumentan a favor de la justicia distributiva no toman en cuenta la justicia individual ni cómo los programas de acción afirmativa, a pesar de que benefician a un individuo, perjudican a otro.⁵⁴ La tercera justificación de utilidad social se basa en una concepción utilitarista que argumenta que los programas de acción afirmativa aportan beneficios para la sociedad en general, producen ejemplos a seguir para las comunidades o los grupos desventajados y redundan en mejor servicio para estos, pues entienden que estos se ven mejor servidos por individuos que pertenezcan al grupo a ser atendido.⁵⁵ Los costos de esta visión son palpables, según Peter Finkle y Torsten H. Storm, pues implica el empleo de menos de lo mejor disponible y la producción de un estigma social que se reproduce continuamente entre los grupos, porque se piensa que no pueden ser exitosos sin los programas de acción afirmativa.⁵⁶

Con respecto al derecho natural, indican Peter Finkle y Torsten H. Strom que la acción afirmativa es injusta. Aunque no justifican la existencia de discriminación por raza, género, religión u otros criterios, entienden que la acción afirmativa nunca va a ser justa, “pues sanciona la propia discriminación que intenta derrotar”.⁵⁷ Al fin y al cabo, según estos autores, “la acción afirmativa va a ser vista por lo que es, un programa de trato preferencial para ciertos grupos que

⁵¹ Peter Finkle & Torsten H. Storm, *Affirmative Action, Natural Law and Justice*, 10 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 79, 82 (1990).

⁵² *Id.* en la pág. 84 (traducción suplida).

⁵³ *Id.* en las págs. 88-90.

⁵⁴ *Id.* en las págs. 90-91.

⁵⁵ *Id.* en las págs. 94-96.

⁵⁶ *Id.* en la pág. 96.

⁵⁷ *Id.* en la pág. 87 (traducción suplida).

victimiza individuos a los cuales se les niega la justicia de igualdad de oportunidades”.⁵⁸

No obstante, existe otra teoría de la justicia que permite desarrollar argumentos en contra y a favor de la acción afirmativa. Siguiendo la corriente libertaria, Robert Nozick desarrolla una teoría mediante la cual se puede argumentar, primeramente, que los programas de acción afirmativa constituyen una intromisión indebida por parte del Estado en la vida de los individuos. Si el Estado mínimo es lo único permisible, este no debe intentar establecer políticas de admisión universitaria para fomentar la entrada de grupos minoritarios a la universidad. Si se consideran estos programas como enfocados en el resultado final, según lo concibe la justicia distributiva, cada persona tendría “un reclamo a una porción de la totalidad del producto social total, sin importar quien tiene actualmente ese producto y como lo llegaron a poseer”.⁵⁹ Nozick rechaza esta postura pues es “equivalente a apropiarse de las acciones de otras personas”.⁶⁰

Nozick establece tres principios de la teoría de la adquisición que desarrolla en el libro *Anarquía, Estado y utopía*. Los mismos se mencionan a continuación:

- 1) Una persona que adquiere una pertenencia, de conformidad con el principio de justicia en la adquisición, tiene derecho a esa pertenencia.
- 2) Una persona que adquiere una pertenencia de conformidad con el principio de justicia en la transferencia, de algún otro con derecho a la pertenencia, tiene derecho a la pertenencia.
- 3) Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones [repetidas] de 1 y 2.⁶¹

En otras palabras, Nozick establece lo siguiente:

[L]os lineamientos generales de la teoría de justicia de pertenencias son que las pertenencias de una persona son justas si tiene derecho a ellas por los principios de justicia en la adquisición y en la transferencia, o por el principio de rectificación de injusticia . . . Si todas las pertenencias de la persona son justas, entonces el conjunto total (la distribución total) de las pertenencias es justo.⁶²

⁵⁸ *Id.* en la pág. 101.

⁵⁹ James S. Coleman et al., *Robert Nozick's Anarchy, State and Utopia*, 3 THEORY AND SOCIETY 437, 438 (1976) (traducción suplida).

⁶⁰ *Id.* en la pág. 439.

⁶¹ ROBERT NOZICK, ANARQUÍA, ESTADO Y UTOPIA 154 (1990), disponible en http://www.liberallibertario.org/home/index.php/biblioteca-liberal-libertaria/doc_download/129-robert-nozick-anarquia-estado-y-utopia.pdf. Nozick no establece qué implica la justa adquisición y la justa transferencia o quienes son buenos candidatos para la “justicia en la adquisición y en la transferencia”. *Id.* en la pág. 156. Véase Coleman, *supra* nota 59.

⁶² Nozick indica que en una sociedad completamente justa:

El principio completo de justicia distributiva diría simplemente que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a las pertenencias que posee según la distribución. Una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos. Los medios legítimos para pasar de una distribución a otra están especificados por el principio

El autor entiende que la “mayor objeción a decir que todos tengan el derecho a varias cosas, tales como igualdad de oportunidad, vida, etcétera y a ejercer estos derechos, es que estos derechos requieren de una subestructura de cosas y materiales y acciones; y otras personas pueden tener derechos y retribuciones sobre ellos”.⁶³ Para lograr la igualdad, sería necesario empeorar la situación de los más favorecidos o mejorar la situación de los desventajados, pero “las pertenencias sobre las cuales estas personas tienen derechos, no se pueden tomar, aun cuando sea para proporcionar igualdad de oportunidad para otros”.⁶⁴ Por otro lado, indica el autor, que la “concepción retributiva de justicia de pertenencias no establece ninguna presunción en favor de la igualdad, ni de cualquier otro estado final superior o establecimiento de pautas. No se puede simplemente suponer que la igualdad tenga que estar integrada en cualquier teoría de la justicia”.⁶⁵ Según estos planteamientos, los programas de acción afirmativa en la admisión universitaria constituyen una intromisión indebida por parte del Estado. Esto representa una forma de quitarle las pertenencias a aquellos que tienen derecho a las mismas para transferirlas a otros que se encuentran más desaventajados.

Por otro lado, la teoría de Nozick plantea la posibilidad de permitir la existencia de programas de acción afirmativa durante un tiempo, a través del principio de rectificación de injusticias, siempre y cuando estos respondan a un interés por rectificar las consecuencias de discriminación histórica. Este principio puede resumirse de la siguiente manera: “[l]os individuos tienen derecho a ser compensados si sufren como resultado de que otros no actúen de acuerdo a los principios anteriores”.⁶⁶ Idealmente, indica Nozick, un principio de rectificación se valdría de información histórica e injusticias cometidas anteriormente, si se analizan los efectos de estas hasta el presente, y describiría las pertenencias en las sociedades actuales.⁶⁷

Nozick no establece claramente en *Anarquía, estado y utopía* cuál sería el proceso para determinar la solución ante injusticias pasadas que violaron el principio de adquisición. No obstante, al reconocer la posibilidad de la rectificación de injusticias, al basarse en consideraciones históricas, se permite que se formule entonces un argumento mediante el cual se acepten los programas de acción afirmativa como un remedio ante una situación histórica que provocó una transferencia o adquisición injusta por motivo de discriminación racial. Esta afirmación requiere un acercamiento cuidadoso porque puede “existir mala suer-

de justicia en la transferencia. Los primeros pasos legítimos están especificados por el principio de justicia en la adquisición.

NOZICK, *supra* nota 61, en la pág. 154. Véase *id.* en la pág. 155.

⁶³ *Id.* en la pág. 233.

⁶⁴ *Id.* en la pág. 231.

⁶⁵ *Id.* en la pág. 228.

⁶⁶ Stephen O'Hanlon, *Equality, Entitlement, and Efficiency: Dworkin, Nozick, Posner, and Implications for Legal Theory*, 8 *CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J.* 31, 55 (2009) (traducción suya).

⁶⁷ NOZICK, *supra* nota 61, en la pág. 156.

te envuelta en los lugares en el que las personas se desarrollan, pero no injusticia necesariamente”.⁶⁸ Además, esto implicaría la consideración simultánea, en el caso del proceso de admisión universitaria, de los méritos de los individuos frente a las injusticias o trato desigual recibido por grupos sociales determinados.

Este principio podría utilizarse para reconocer la existencia de programas de acción afirmativa que compensen por transferencias que no cumplen con los principios de justicia en la adquisición o en las transferencias. Esto implica que entendamos que la educación es una pertenencia a la cual históricamente se le ha negado el acceso a las minorías por cuestión de raza. Por supuesto, como estamos tratando con una teoría libertaria, el planteamiento sería que al individuo que pertenece a un grupo minoritario se le ha negado la obtención de una educación universitaria a la cual tendría derecho si no fuera víctima de discriminación histórica. En este caso, el individuo tendría derecho a ser compensado. Sin embargo, bajo este principio no se podría justificar la existencia de programas de acción afirmativa que buscan aumentar la diversidad del cuerpo estudiantil en las universidades.

Pasemos entonces a un autor que nos presenta otra perspectiva sobre la justicia. En *Una idea de la justicia*, Amartya Sen presenta un enfoque que busca atender las preguntas de mejorar la justicia y remover la injusticia, en vez de plantear resoluciones sobre la naturaleza de la justicia perfecta.⁶⁹ Además, reconoce la posibilidad de que no exista, “en efecto, ningún esquema social perfectamente justo e identificable del cual pueda surgir un acuerdo imparcial”.⁷⁰ Para Sen, la justicia está conectada a cómo transcurren las vidas de las personas, en vez de estarlo solamente con el funcionamiento de las instituciones, las cuales son necesarias para una teoría de la justicia, pero que, en vez de ser manifestaciones directas de justicia, deben promoverla.⁷¹ Asimismo, entiende que es importante que se tome en consideración lo que realmente le sucede a las personas; más aún, esta debe ser una de “las preocupaciones centrales de una teoría de la justicia”.⁷²

68 Michele S. Moses, *Race, Affirmative Action, and Equality Of Educational Opportunity in a So-Called “Postracial” America*, 20 KAN. J.L. & PUB. POL’Y 413, 415 (2011) (traducción suplida).

69 Véase AMARTYA SEN, *UNA IDEA DE LA JUSTICIA* 13 (2010).

70 *Id.* en la pág. 47. Más adelante, Sen indica que “no tiene que haber nada particularmente no ideal en una teoría de la justicia que admita el debate y el desacuerdo sobre algunos temas, mientras se concentra en muchas sólidas conclusiones que surgirían vigorosamente del acuerdo razonable sobre las exigencias de justicia”. *Id.* en la pág. 87.

71 *Id.* en la pág. 112. Véase *Id.* en las págs. 15, 50, 107, 116.

72 *Id.* en la pág. 97. Sen considera la teoría de la elección social como un enfoque que busca:

[A]lcanzar un orden de preferencias en materia de realizaciones sociales alternativas, y la forma de las principales teorías de la justicia, que no se concentran en la disciplina de evaluar las mejoras o las declinaciones de la justicia, sino en la identificación de los arreglos sociales perfectamente justos bajo la forma de instituciones justas.

Id. en la pág. 124.

Sen propone utilizar el enfoque de la capacidad como un foco para “juzgar y comparar las ventajas generales del individuo. El enfoque de la capacidad es un enfoque general, cuyo foco es la información sobre las ventajas individuales, juzgada desde el punto de vista de la oportunidad y no de un «diseño» específico sobre la mejor organización de la sociedad”.⁷³ Este enfoque atiende la relevancia de la desigualdad de las capacidades cuando se evalúan las disparidades sociales. Sin embargo, indica Sen, el mismo “no propone ninguna fórmula específica para decisiones de política”;⁷⁴ lo que busca es enfocarse en las oportunidades reales de vivir y cumplir los fines que tienen las personas, así como la libertad sustantiva para lograrlos. Según este enfoque, no sólo lo que haga la persona es importante, sino también lo que es capaz de lograr.⁷⁵ Cuando procedemos a juzgar las ventajas que algunos tienen frente a otros, es necesario mirar las capacidades que unos y otros consiguen, en efecto, disfrutar.⁷⁶

Sen indica lo siguiente:

[N]i la justicia ni la evaluación política y moral pueden preocuparse sólo de las oportunidades y ventajas generales de los individuos en una sociedad. El tema del proceso justo y del trato justo va más allá de las ventajas generales de los individuos hacia otras preocupaciones —en especial procedimentales—, las cuales no pueden ser atendidas de forma adecuada mediante la sola concentración en las capacidades.⁷⁷

Para Amartya Sen, es necesaria una perspectiva más amplia, plural, que esté abierta a las consideraciones invocadas tanto por el concepto de la libertad como por el de la igualdad.⁷⁸ La igualdad no puede reducirse solamente a “ventaja económica, recursos, utilidades, calidad de vida o capacidades”.⁷⁹

La propuesta de Amartya Sen permite atender el problema de la desigualdad de oportunidades durante el proceso de admisión universitaria desde una perspectiva amplia que considera tanto la capacidad de los individuos, sus recursos y sus oportunidades, así como la libertad para alcanzar aquello que se valora o desea lograr. Debido a que su teoría se enfoca en cómo la gente realmente vive, la acción afirmativa basada en raza puede ser vista como una opción para atender una injusticia existente. Estos programas no serían necesariamente el mejor remedio, pero sí serían una alternativa para atender el problema actual en lo que

A través del procedimiento de la elección social, los resultados “asumen la forma de órdenes de preferencias sobre estados de cosas desde el punto de vista social a la luz de las evaluaciones de personas involucradas”. *Id.* en las págs. 124-25.

⁷³ *Id.* en la pág. 262.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.* en las págs. 263-65. Cabe mencionar que para Sen “[l]a riqueza no es algo que valoremos por sí mismo. Ni es un buen indicador de la clase de vidas que podemos vivir con base en nuestra riqueza”. *Id.* en la pág. 283.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.* en la pág. 327.

⁷⁸ *Id.* en la pág. 347.

⁷⁹ *Id.* en la pág. 327.

se desarrollan otras políticas que puedan presentar una solución concreta a la desigualdad de forma más efectiva y que consideren todas las implicaciones que tal remedio podría tener en los solicitantes, así como en la sociedad en general. Por otro lado, Sen juzga las ventajas individuales desde el punto de vista de la oportunidad y de la libertad del individuo para poder alcanzar aquello que valora. Esto es sumamente importante en lo que aquí concierne, pues permite argumentar que las ventajas individuales pueden ser producto, entre otras cosas, de las oportunidades disponibles a los individuos o grupos.

Ahora, a pesar de que se pueda considerar la raza en los procesos de admisión universitaria, su teoría implica ir más allá pues no se podría considerar la raza solamente en tales procesos. Sería necesario considerar, además, la condición social del solicitante, así como sus recursos, calidad, discapacidades, entre otros, de manera individual frente a los demás. Esto, pues Sen entiende que no toda persona rica tiene ventajas sobre una persona pobre porque la persona rica puede tener una discapacidad física o mental que le impida lograr o alcanzar sus objetivos en la vida. Por lo que, aun cuando se consideren estos factores en el proceso de admisión, es necesario que se haga desde una perspectiva amplia, mediante la cual se promueva finalmente una disminución de las ventajas creadas por factores como la discriminación racial, social, de género, por discapacidad, entre otros, ya sean estas producto de una situación histórica o de acciones actuales.

III. ACCIÓN AFIRMATIVA EN LOS PROCESOS DE ADMISIÓN UNIVERSITARIA Y EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS: EL PASADO

Los tribunales estadounidenses han tenido un rol importante en el desarrollo de la acción afirmativa. Sus decisiones, especialmente las del Tribunal Supremo, han servido tanto para adelantar los propósitos de estos programas, como para restringir su implantación en las universidades. Dos casos preceden la opinión de *Regents of University of California v. Bakke*,⁸⁰ *Sweatt v. Painter*⁸¹ y *DeFunis v. Odegaard*.⁸² En *Sweatt*, al peticionario le fue negada admisión a la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas por el solo hecho de ser afroamericano. A pesar de que el tribunal de primera instancia reconoció que al negársele la oportunidad a Sweatt de adquirir una educación legal se violaba la cláusula de la igual protección de las leyes, el remedio que proveyó fue otorgar seis meses para que el Estado proveyera facilidades iguales. El Estado creó una Escuela de Derecho para afroamericanos, pero Sweatt rehusó inscribirse.⁸³ El Tribunal Supremo determinó que las oportunidades que ofrecía la nueva escuela no eran iguales a

80 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

81 *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

82 *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

83 *Sweatt*, 339 U.S. en las págs. 631-34.

la de la Universidad de Texas y que excluía al ochenta y cinco por ciento de los grupos raciales que componen al estado de Texas.⁸⁴ El Tribunal Supremo indicó que Sweatt podía reclamar su derecho constitucional a “educación legal equivalente a aquella ofrecida por el estado a estudiantes de otras razas. Esa educación no le está disponible en una escuela de derecho separada según ofrecida por el Estado”.⁸⁵ La decimocuarta enmienda requiere que Sweatt sea admitido a la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas.⁸⁶

En *DeFunis*, un hombre blanco inició una acción en contra de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington alegando que su proceso de admisión violaba la cláusula de igual protección de las leyes de la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos, ya que trataba diferente a los solicitantes minoritarios.⁸⁷ Sin embargo, debido a que DeFunis se encontraba en el último semestre de sus estudios de Derecho cuando el caso llegó al Tribunal Supremo, este foro determinó que no podía considerar los asuntos constitucionales que presentaban las partes al haberse tornado académica la controversia.⁸⁸

A. *Regents of University of California v. Bakke*

En 1978, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se enfrentó por primera vez a la discriminación positiva en *Regents of University of California v. Bakke*.⁸⁹ Bakke, un hombre blanco, presentó una demanda ante el Tribunal Superior de California solicitando como remedio que fuera admitido a la Escuela de Medicina de la Universidad de California, ya que la Escuela había aceptado estudiantes con puntuaciones menores a las suyas y, sin embargo, a él le habían denegado la admisión en 1973 y en 1974. Alegó que el programa especial de admisión que tenía la Escuela de Medicina impidió su admisión a base de su raza, violando así sus derechos bajo la cláusula de igual protección de las leyes de la Constitución de Estados Unidos. El programa consistía en la existencia de un comité de evaluación de solicitudes independiente para aumentar la cantidad de estudiantes desaventajados (nunca se estableció una definición para el término desaventajado) que entraban a la Escuela de Medicina. El comité especial enviaba los mejores candidatos al comité general de admisiones hasta que se cumpliera una cantidad establecida mediante el voto de la facultad.⁹⁰

Este caso produjo seis opiniones separadas, ninguna de las cuales produjo una mayoritaria. El voto del juez Powell inclinó la balanza hacia la posibilidad de considerar la raza como uno de los criterios, alejándose de aquellos jueces que no atendieron la cuestión constitucional y hubieran eliminado el programa por

84 *Id.* en las págs. 631-35.

85 *Id.* en la pág. 635 (traducción suplida).

86 *Id.*

87 *DeFunis*, 416 U.S. en la pág. 314.

88 *Id.* en las págs. 319-20.

89 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

90 *Id.* en las págs. 270-78.

motivos legales. Además, se aleja de aquellos jueces - Brennan, White, Marshall y Blackmun - que hubieran aprobado el programa con el fundamento de que el gobierno puede utilizar la raza para remediar injusticias pasadas.

En este trabajo nos enfocaremos en la opinión del juez Powell, ya que la misma anunció la decisión del Tribunal. Esto, debido a que desde que se emitió la decisión de *Bakke*, la decisión se ha convertido en “la base para el análisis constitucional de las políticas de admisión conscientes racialmente”.⁹¹ El juez Powell concluyó que el programa de la Escuela de Medicina era inconstitucional al violar la cláusula de igual protección de las leyes y la enmienda decimocuarta debido a que utilizaba la raza, junto a cuotas preestablecidas, como único factor para la admisión de estudiantes. No obstante, el Tribunal reconoció que la raza podía ser un factor en un programa comprensivo en los procesos de admisión universitaria.

Inicialmente, podemos encontrar en la opinión del Tribunal unos principios subyacentes que reflejan una adherencia a principios libertarios. Michael Sandel indica lo siguiente sobre los principios libertarios:

[Estos] favorecen los mercados sin restricciones y se oponen a la regulación por parte del gobierno . . . en nombre de la libertad humana. Su reclamo central es que cada uno de nosotros tenemos un derecho fundamental a la libertad - el derecho a todo lo que queramos con las cosas que tengamos, siempre y cuando respetemos los derechos de los demás a hacer lo mismo.⁹²

Explicando la visión de Robert Nozick y de los libertarios aplicada a la acción afirmativa, Michele Moses nos indica que la desigualdad puede ser justa si la misma se produjo de manera justa. Nozick denomina a esta concepción como la teoría de las pertenencias. Entiende el autor que “siempre que el Estado respete los derechos propietarios de las personas y fomente la libertad sin volverse coercitivo, entonces la distribución de bienes se puede considerar justa. Igualmente, la raza no debe jugar ningún papel en la vida pública; el derecho y la política deben ser *color-blind*”.⁹³ Las expresiones del juez Powell, autor de la opinión mayoritaria, tienden a reflejar un tono individualista. Las siguientes expresiones del Tribunal son ejemplo del mismo: la “garantía de la cláusula de igual protección no puede significar una cosa cuando se aplica a un individuo y algo diferente cuando se aplica a una persona de otro color. Si no se le otorga la misma protección a ambos, entonces no es igual”.⁹⁴ Además, “cuando una clasificación le niega a un individuo las oportunidades o beneficios disfrutados por otros sólo por motivo de su raza o etnia . . . debe ser entendido como sospechoso”.⁹⁵

91 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 323 (2003) (traducción suplida).

92 MICHAEL SANDEL, *JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO?* 59-60 (2009) (traducción suplida).

93 Moses, *supra* nota 68, en las págs. 415-16.

94 *Regents of University of California*, 438 U.S. en las págs. 289-90 (traducción suplida).

95 *Id.* en la pág. 305.

Un enfoque en las capacidades del individuo frente al grupo, muestra una necesidad de no intervenir con la libertad de las personas. Con relación a esto, Robert Nozick señala lo siguiente:

[U]n Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto. Dos implicaciones notables son que el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien o protección.⁹⁶

El eco libertario de la teoría de Nozick se encuentra a través de la opinión de Powell, pues establece claramente que personas inocentes no tienen por qué pagar por la preferencia otorgada a los beneficiarios de los programas de acción afirmativa.⁹⁷ Como expone Nozick, al cada persona ser un ente individual, al existir separado del otro, no pueden existir actos compensadores entre nosotros ya que:

[N]o hay nada que moralmente prepondere sobre una de nuestras vidas en forma que conduzca a un bien *social* general superior. No hay ningún sacrificio justificado de alguno de nosotros por los demás . . . [H]ay diferentes individuos con vidas separadas y . . . ninguno puede ser sacrificado por los demás.⁹⁸

Los individuos pueden realizar sacrificios por los demás si así lo desean, pero ninguna entidad social puede obligarlos a hacerlo.⁹⁹ En palabras de Powell, “[n]ada en la Constitución apoya la noción de que a los individuos se les pueda pedir que sufran la carga, que de otra manera no estaría permitida, con el fin de mejorar la posición social de sus grupos étnicos”.¹⁰⁰

Con respecto a la posibilidad de justificar los programas de acción afirmativa mediante el principio de rectificación de las injusticias en las pertenencias, se podría argumentar que la opinión de Powell refleja la elaboración de un análisis que rechaza este principio. Esto, porque descarta la posibilidad de que sea permisible constitucionalmente el interés de reducir el déficit histórico para justificar una política de admisiones que beneficia a grupos por pertenecer a una raza o etnia en específico, mientras que perjudica a aquellos que no son miembros de esos grupos. A pesar de que rechaza esta avenida, indica en una nota al calce que “la consideración de la raza y la etnia solamente para corregir inequidades establecidas en la predicción de desempeño académico, se podría argumentar que no

96 NOZICK, *supra* nota 61, en la pág. 7.

97 *Regents of University of California*, 438 U.S. en la pág. 310 (1978).

98 NOZICK, *supra* nota 61, en la pág. 45.

99 *Id.* en las págs. 44-45.

100 *Regents of University of California*, 438 U.S. en la pág. 298 (traducción suplida).

hay ninguna preferencia".¹⁰¹ Sin embargo, en vez de atender la posibilidad de diferencias culturales producto de una discriminación histórica, el Tribunal lo descarta inmediatamente.

Es importante resaltar, además, que la opinión establece que alcanzar un cuerpo estudiantil diverso es una meta permisible constitucionalmente siempre y cuando se trate a los solicitantes como individuos en el proceso de admisiones, ya que debe existir equidad en la competencia por oportunidades.¹⁰² Por lo tanto, no se pueden dejar de tomar en cuenta los méritos y capacidades de la persona a la hora de ser evaluada en el proceso de admisión.

Contrario a la postura de John Rawls, en este caso no se permite el sacrificio de algunos para el bienestar general. Podría argumentarse que el hecho de que se permita la consideración de la raza como uno de los factores en el proceso de admisiones implica un sacrificio de los que no se benefician de los programas de acción afirmativa. Sin embargo, un programa creado bajo el caso de *Bakke* no podría partir desde un principio de sacrificio y de una gran desventaja causada a los demás porque esto implicaría una intervención con los derechos individuales de los solicitantes. Según el segundo principio de la teoría de John Rawls, debe existir una igualdad equitativa de oportunidades que exige que todos tengan una oportunidad de llegar a ocupar los cargos públicos y posiciones sociales.¹⁰³ Siempre y cuando se cumpla el primer principio, que busca asegurar que todos tengan las mismas libertades básicas, se podrán establecer requisitos y regulaciones en las instituciones para alcanzar el objetivo del segundo principio.¹⁰⁴

Como se indicó anteriormente, la opinión de Powell reconoce que la diversidad en el salón de clases podría ser una razón suficiente para justificar el uso de la raza como uno de los factores a considerarse en un programa de admisiones a la universidad. Sin embargo, claramente estaría prohibido que por estos programas se perjudiquen a aquellos individuos que tienen las capacidades y méritos para entrar a la universidad, o en este caso, a la Escuela de Medicina sin ningún tipo de beneficio. Pensar que el sacrificio de algunos individuos para lograr alcanzar un cuerpo estudiantil diverso podría redundar en un bienestar social mayor sería una justificación inconcebible bajo esta opinión. Esto, ya que la meta de alcanzar un cuerpo estudiantil diverso se debería lograr sin que se menoscabe la igualdad de acceso a la universidad, lo que no implica una igualdad equitativa de oportunidad para entrar a la universidad. Bajo este esquema se estaría respetando el primer principio de Rawls que busca la protección de las libertades básicas de los individuos, sin atender el segundo principio que busca alcanzar una igualdad equitativa de acceso a las oportunidades.

¹⁰¹ *Id.* en la pág. 368 n. 43.

¹⁰² *Id.* en las págs. 311-12, 318, 320.

¹⁰³ RAWLS, *supra* nota 34, en la pág. 74.

¹⁰⁴ *Id.*

B. Grutter v. Bollinger

La falta de consenso entre los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Regents of University of California v. Bakke* provocó que llegaran a los tribunales de distrito y circuito un sinnúmero de casos retando los programas de acción afirmativa, valiéndose de la fractura de las opiniones en el Supremo. El caso más destacado de estos es *Hopwood v. State of Texas*, del quinto circuito, en el que se determinó que la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas no podía utilizar la raza como un factor en la determinación de quienes iban a ser admitidos para alcanzar un cuerpo estudiantil diverso.¹⁰⁵ El Tribunal concluyó de esta forma al entender que la clasificación de personas a base de la raza, por el propósito de diversidad, frustra las metas de igual protección de las leyes. *Hopwood v. State of Texas* fue posteriormente revocado por la opinión del Tribunal Supremo Federal en *Grutter v. Bollinger*.¹⁰⁶

Veinticinco años después de *Regents of the University of California v. Bakke*, y siete años después de *Hopwood v. State of Texas*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos volvió a atender el tema de la acción afirmativa en los procesos de admisión universitaria. En *Grutter*, la política de admisiones de la Escuela de Derecho se enfocaba en la habilidad académica del solicitante, junto a otras consideraciones tales como sus talentos, experiencias, potencial de contribución a la enseñanza, así como la puntuación obtenida en el *Law School Admission Test* (L.S.A.T) y el promedio obtenido durante los estudios subgraduados, entre otros factores.¹⁰⁷ En *Grutter* se menciona lo siguiente sobre la política de la Escuela de Derecho:

La política reafirmó el compromiso . . . de la Escuela de Derecho con la . . . diversidad racial y étnica con especial referencia a la inclusión de estudiantes de grupos contra los cuales se ha discriminado históricamente, tales como los afroamericanos, hispanos y americanos nativos, quienes no estarían representados en el cuerpo estudiantil de manera significativa sin el compromiso . . . de la política establecida.¹⁰⁸

El caso se origina en Michigan mediante una demanda presentada por Barbara Grutter contra la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan en la que alegó que los demandados discriminaron en contra de su persona por motivo de raza, lo que adujo constituía una violación a la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos y el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. A Grutter, residente blanca de Michigan, le denegaron la admisión a la Escuela de Derecho del estado, luego de haber sido puesta en lista de espera.¹⁰⁹ En la demanda alegó que la raza era un factor predominante en el proceso de

105 *Hopwood v. State of Tex.*, 78 F.3d 932, 961 (5to Cir. 1996).

106 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

107 *Id.* en la pág. 315.

108 *Id.* en la pág. 316 (traducción suplida).

109 *Id.*

admisión y que la Escuela no tenía ningún interés apremiante para justificar el uso de la raza en el mismo.¹¹⁰

En el Tribunal de Distrito, la Universidad indicó que se monitoreaba la cantidad de minorías aceptadas a la Escuela, no para llegar a una cantidad específica, sino para asegurar que se llegaría a una masa de estudiantes necesaria para lograr los beneficios de un cuerpo estudiantil diverso.¹¹¹ El profesor que dirigió el comité que estableció la política de admisión a la Escuela de Derecho indicó que el compromiso descrito anteriormente “no era ofrecer un remedio a discriminación pasada, sino el incluir a estudiantes que le pueden traer a la Escuela de Derecho una perspectiva diferente de miembros de grupos que no han sido víctimas de tal discriminación”.¹¹² Grutter llega al Tribunal Supremo luego de que el Tribunal de Distrito concluyera que la utilización de la raza como un factor en el proceso de admisión era ilegal y el Tribunal de Apelaciones lo revocara. El Tribunal Supremo, mediante la opinión de la jueza O’Connor, concluyó que la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan tenía un interés sustancial en admitir un cuerpo estudiantil diverso.¹¹³

Antes de comenzar con el análisis de esta opinión, es necesario hacer mención que en casos posteriores a *Regents of University of California v. Bakke*, los cuales atendieron la discriminación positiva en otros contextos, como el laboral o en la otorgación de contratos gubernamentales, se permitió que se utilizara, como justificación para acciones gubernamentales basadas en raza, la remediación de discriminación pasada.¹¹⁴ Por ejemplo, en *City of Richmond v. J.A. Croson*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que, a menos que las clasificaciones basadas en raza “se reserven de manera estricta a contextos remediales, pueden, de hecho, promover nociones de inferioridad racial y llevar a políticas de hostilidad racial”.¹¹⁵ Es importante resaltar esta ocurrencia, pues la misma es reflejo de un posible análisis *nozickiano* que acoge el principio de rectificación de injusticias. A pesar de que no se refiere a discriminación pasada en general, sino a una justificación que busca atender una discriminación histórica en una situación específica, como por ejemplo, un patrón de discriminación en la otorgación de contratos por parte de un Estado, es comoquiera un reflejo de la adopción de una teoría de justicia libertaria más completa, pues no descarta que pueda existir la posibilidad de remediar el problema de la discriminación sin recurrir a teorías distributivas de la justicia que se han pautado.¹¹⁶

110 *Id.* en la pág. 317.

111 *Id.* en la pág. 319.

112 *Id.* Vale recalcar que el perito de la peticionaria indicó que a los solicitantes de grupos minoritarios se les daba un gran margen para la admisión cuando se comparaban con miembros que no se veían favorecidos por la política de admisión. Sin embargo, “concedió que la raza no era un factor predominante en el cálculo de admisión”. *Id.* en la pág. 320 (traducción suplida).

113 *Id.* en la pág. 328.

114 *Id.*

115 *City of Richmond v. J.A. Croson Company*, 488 U.S. 469, 493 (1989) (traducción suplida).

116 NOZICK, *supra* nota 61, en las págs. 155-56. Véase además Moses, *supra* nota 68, en la pág. 415; O’Hanlon, *supra* nota 66, en la pág. 55.

Tanto este caso, como el de *Bakke*, parten de un análisis constitucionalista sobre el uso de clasificaciones de raza en el gobierno que se enfoca principalmente en la cláusula de igual protección de las leyes, al clarificar que la misma protege a personas y no a grupos. Por lo tanto, desde que comienzan las expresiones del Tribunal, podemos notar el tono libertario e individualista que permea en la opinión.¹¹⁷ Basándose en *Bakke*, y en la deferencia que merecen las decisiones académicas de las universidades, el Tribunal confirma el interés de obtener un cuerpo estudiantil diverso como justificación para programas basados en raza, como se indicó anteriormente.¹¹⁸ De esta manera, y contrario a casos posteriores a *Grutter*, el Tribunal acepta que la remediación de discriminación pasada no es la única justificación permisible para programas de acción afirmativa. Por otra parte, indica que el balance racial es inconstitucional, por lo que establecer una cantidad específica de estudiantes de un grupo particular a ser admitidos no es permisible.¹¹⁹ Ahora, la meta de alcanzar un cuerpo estudiantil lo suficientemente diverso para poder explotar los beneficios que este proveería en el ámbito educativo, que van desde un mejor entendimiento de personas de diferentes razas hasta una discusión más dinámica e interesante, sí es permisible.

El Tribunal reconoce que la educación es la base de la buena ciudadanía y que es una parte esencial para sostener la herencia política y cultural. Por lo tanto, es necesario asegurar la igualdad de acceso a la misma. El acceso a la educación legal, según la juez O'Connor, "debe ser inclusivo de individuos talentosos y cualificados de toda raza y etnia, de forma tal que todos los miembros de nuestra sociedad heterogénea puedan participar de las instituciones educativas que proveen el entrenamiento y la educación necesarias para ser exitosos en América".¹²⁰ Es importante para la Juez el que la Escuela de Derecho no entienda que los estudiantes de grupos minoritarios siempre van a tener una perspectiva diferente que traer a la discusión, sino que entiende que es parte de un grupo de factores que pueden afectar la visión de un individuo, especialmente en un país en que la raza sigue importando.¹²¹

Para que un programa que sea consciente de la raza de los individuos sea permisible, debe promover un interés estatal apremiante y debe estar estrechamente enmarcado para asegurar que no exista prejuicio racial ilegítimo o estereotipado.¹²² Por lo tanto, al igual que en *Regents of University of California*, se indica que no se puede establecer un sistema de cuotas y que la raza debe ser un *plus*; en otras palabras, el programa debe ser "lo suficientemente flexible para considerar todos los elementos pertinentes de la diversidad a luz de las calificaciones particulares de cada solicitante, y colocarlos en igualdad de condiciones

117 *Grutter*, 539 U.S. en la pág. 326.

118 *Id.* en la pág. 328.

119 *Id.* en las págs. 330-31.

120 *Id.* en las págs. 332-33 (traducción suplida).

121 *Id.* en la pág. 333.

122 *Id.*

para consideración, aunque no necesariamente de acuerdo con el mismo peso”.¹²³ Indica la Juez que el querer alcanzar una masa crítica de estudiantes no transforma el programa en uno con cuotas preestablecidas. Hace hincapié, además, en la importancia de la consideración individualizada de todos los solicitantes, de manera que no se dañe a miembros de ningún grupo racial, ya que existen “serios problemas de justicia conectados a la idea de preferencia”¹²⁴ en programas de acción afirmativa. Cuando se considera la raza como un factor adicional en una consideración individualizada de los solicitantes, aquellos que son rechazados no lo serán por el solo hecho de pertenecer a una raza en particular debido a que “[s]us cualificaciones habrán sido pesadas de manera justa y competitiva, y no tendría base para quejarse del trato desigual bajo la Decimocuarta Enmienda”.¹²⁵

Es importante notar que para el Tribunal Supremo, el tener programas de admisión universitaria basados en raza es un asunto temporero, por lo que debe tener una fecha límite para ser eliminado. Esto, ya que es una medida que se toma para “servir la meta de la propia equidad”.¹²⁶ Debido a la necesidad de que sean programas temporeros, el Tribunal indica que veinticinco años a partir de esta decisión, las preferencias raciales no serán necesarias para promover la admisión de un cuerpo estudiantil diverso en las universidades.¹²⁷

La opinión de la juez O'Connor no se aleja demasiado de una visión libertaria, pues muestra un enfoque hacia los individuos y sus capacidades. Sin embargo, el que reconozca una necesidad por adelantar un interés de servir a una meta de equidad en la admisión universitaria, de manera que se logre un cuerpo estudiantil diverso, lo que hace es reflejar de cierta manera el segundo principio de justicia de John Rawls: la igualdad equitativa de oportunidades. Rawls señala lo siguiente en cuanto a este principio:

[N]o exige meramente que los cargos públicos y las posiciones sociales estén abiertas en un sentido formal, sino que todos tengan una oportunidad equitativa de llegar a ocuparlos . . . [S]uponiendo que haya una distribución de dotaciones innatas, los que tienen el mismo nivel de talento y habilidad y la misma disposición a hacer uso de esos dones deberían tener las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen, la clase en la que han nacido y crecido hasta la edad de la razón.¹²⁸

Contrario a la opinión del juez Powell en *Regents of University of California v. Bakke*, los presupuestos teóricos detrás de las premisas elaboradas por la juez O'Connor implican un reconocimiento del segundo principio de Rawls, pues acepta que se requiere considerar la raza como un factor en el proceso de admisión como una cuestión de equidad, factor que el juez Powell no considera. No

123 *Id.* en la pág. 337 (traducción suplida).

124 *Id.* en la pág. 341.

125 *Id.*

126 *Id.* en la pág. 342.

127 *Id.*

128 RAWLS, *supra* nota 34, en la pág. 74.

podemos decir que en sus argumentos la juez O'Connor adopta la teoría de Rawls completamente, pues aún requiere la consideración individual de las capacidades de los solicitantes para determinar el mérito de la admisión a la universidad; mientras que, como explica Sandel, Rawls entiende que las circunstancias del nacimiento de una persona, así como sus talentos y la educación recibida, son arbitrarios, por lo que el que los prospectos y oportunidades de una persona dependan de los mismos es injusto.¹²⁹ Sin embargo, al O'Connor reconocer la importancia de tener un cuerpo estudiantil diverso para el beneficio del propio cuerpo, así como de los individuos, aun cuando no aceptaría que se dañen a individuos de ningún grupo social, acepta de alguna manera los beneficios que rendiría un programa de acción afirmativa con tales propósitos en la universidad.

En su opinión, la Juez parece intentar hacer un balance entre el *libertarismo* y el *igualitarismo*. Es palpable su intención de hacer este balance porque, aun cuando menciona la aspiración a la equidad, sigue enfocándose en la necesidad de que cada solicitante se considere de manera individual, de forma tal que no se vea perjudicado por un sistema de preferencias. Más importante aun, la Juez enfatiza que los programas de acción afirmativa son un remedio temporero ante la importancia que todavía tiene la raza de las personas en los Estados Unidos, y establece un límite de veinticinco años después de los cuáles estos programas no serán necesarios. Este límite podría responder tanto a la teoría libertaria como a la igualitaria pues, mientras que los libertarios podrían conceder la necesidad de programas de acción afirmativa, siempre y cuando se consideren las capacidades individuales de cada solicitante, no lo permitirían de manera perpetua. Por otro lado, según Robert S. Taylor, Rawls entendía que la acción afirmativa podía ser un remedio correctivo temporal, ya que en la sociedad ideal el "tratamiento preferencial no sería compatible con la justa igualdad de oportunidades".¹³⁰

Si partimos de la premisa de que en el establecimiento de un límite de tiempo para la utilización de los programas de acción afirmativa la juez O'Connor podría estar basándose en premisas libertarias o igualitarias, podemos entender la necesidad de establecer un límite a los programas de acción afirmativa. Aun cuando entiende que es permisible tener programas que estén diseñados de manera flexible para considerar diversos factores de un solicitante (entre los que se encuentre la raza, pero sin ser esta un factor predominante), estos siguen provocando una intromisión por parte del estado o sus instituciones en la vida de los individuos mediante la creación de clasificaciones que tienden a darle *preferencia* a unos grupos frente a otros, sin que importe el que la misma repercuta en un beneficio generalizado. Como esta preferencia no está justificada por la teoría libertaria, menos aun porque no busca la rectificación de injusticias pasadas, se podía entender que era necesario establecer un límite para dejar de intervenir con los individuos y la medición de sus capacidades o méritos a la hora de solici-

129 SANDEL, *supra* nota 92, en la pág. 153.

130 Taylor, *supra* nota 38, en la pág. 481.

tar a la universidad. Por otro lado, para el igualitarismo de Rawls tampoco sería permisible que estos programas existieran a perpetuidad pues, en una sociedad ideal, estos no serían necesarios.¹³¹ Mientras exista la necesidad de remediar la discriminación pasada o los efectos que esta ha tenido en la sociedad actual, los programas de acción afirmativa serían necesarios. Ya cuando se erradiquen las consecuencias de la discriminación, no existiría necesidad alguna para mantener programas de acción afirmativa en las universidades.

Sobre la estipulación de los veinticinco años como límite para la existencia de los programas de acción afirmativa, Kevin Johnson nos indica que los límites de tiempo en estos programas generalmente se asocian con aquellos que atienden la discriminación histórica y no un cuerpo estudiantil diverso, pues los ven como un remedio temporero a las diferencias resultantes de la discriminación racial.¹³² Indica el autor que es difícil entender por qué los programas de acción afirmativa basados en aumentar la diversidad requerirían un tiempo límite, pues estos no están basados en remediar una situación histórica.¹³³ Aun cuando la juez O'Connor expresa que después de veinticinco años no serían necesarios estos programas para lograr la diversidad estudiantil en las universidades, detrás de este límite y la apelación a la posibilidad de alcanzar la igualdad, se encuentra latente una visión de la justicia que no permite el *sacrificio* de algunos para tratar de equiparar a los más desaventajados en la sociedad con aquellos que han tenido la mejor educación, vienen de las *mejores familias* o pertenecen a grupos que no han sido discriminados históricamente.

IV. FUTURO DE LOS PROGRAMAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN LA UNIVERSIDAD

El futuro de los programas de acción afirmativa en el proceso de admisiones a las universidades en Estados Unidos depende de la decisión que tome el Tribunal Supremo en el caso *Fisher v. University of Texas*. La Universidad de Texas, según el foro apelativo, ha limitado el uso de la raza en sus programas de admisión según lo establecido en *Grutter v. Bollinger*. Además, que tal programa está determinado por una ley que garantiza la admisión a estudiantes del estado que se encuentran en el diez por ciento más alto de su clase.¹³⁴ Abigail Fisher y Rachel Michalewickz instaron una demanda alegando que el programa de admisión de la Universidad de Texas discriminó contra ellas a base de raza y que esto es una violación a la igual protección de las leyes que les reconoce la decimocuarta enmienda. Según el foro apelativo, la Universidad evalúa a los solicitantes utilizan-

¹³¹ *Id.* en la pág. 476.

¹³² Véase Kevin R. Johnson, *The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 CONST. COMMENT. 171, 181-83 (2004).

¹³³ *Id.* en la pág. 184.

¹³⁴ La ley del diez por ciento tiene como enfoque la admisión de las minorías a la universidad, aun cuando no promueve la admisión de los estudiantes a base de la raza. Véase *Fisher v. University of Texas at Austin*, 631 F.3d 213 (5to Cir. 2011).

do un acercamiento multifactorial. Por otro lado, aquellos que son admitidos bajo la ley del diez por ciento son aquellos que pasan las pruebas estandarizadas ofrecidas como resultado de dicha ley. A pesar de que la ley provocó un aumento en las minorías admitidas a la Universidad, redujo la cantidad de minorías aceptadas que no pasaban el examen estandarizado bajo la ley.¹³⁵ Con posterioridad a la decisión de *Grutter*, la Universidad adoptó una política para incluir la raza como uno de los factores a ser considerados en el proceso de admisión. Esto sería monitoreado cada cinco años a través de un programa de revisión, el cual tiene como objetivo evaluar la necesidad de considerar tal factor en el proceso de admisión.

El argumento de las demandantes es que la Universidad de Texas no necesita una política de admisión similar a la establecida por *Grutter*. El foro de apelaciones entendió que la Universidad de Texas no utiliza prácticas de balance racial y que su programa refleja el enfoque holístico establecido en *Grutter* para alcanzar el objetivo de diversidad en la educación universitaria. Además, reitera la opinión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de que los planes porcentuales no son una alternativa viable pues no permiten un análisis individual de los solicitantes para lograr un cuerpo estudiantil diverso.¹³⁶ Fisher y Michalewicz acudieron al Supremo con la siguiente pregunta: ¿si las decisiones del Tribunal Supremo que interpretan la cláusula de igual protección de las leyes que establece la decimocuarta enmienda, incluyendo a *Grutter v. Bollinger* permiten a la Universidad de Texas utilizar la raza en las decisiones de admisión a programas subgraduados?¹³⁷

A pesar de que en *Grutter v. Bollinger* el Tribunal, bajo la voz de la juez O'Connor, indicó que los programas de acción afirmativa no serían necesarios en veinticinco años, aceptó atender este caso nueve años después. La decisión que tome el Supremo puede tener el efecto de extender la constitucionalidad de programas de acción afirmativa basados en raza o prohibirlos. Extender la validez de los mismos permitiría la continuación de programas de admisión holísticos que toman en cuenta la raza como uno de los factores a la hora de evaluar a los individuos que soliciten admisión a la universidad, lo que ayudaría a atender el problema de la desigualdad por razón de raza en los Estados Unidos. Por otro lado, el declarar estos programas inconstitucionales podría tener el efecto devastador de reducir la cantidad de grupos minoritarios que son admitidos a la universidad, limitando la diversidad del cuerpo estudiantil en las universidades.

La decisión del Tribunal Supremo de atender el caso produjo una reacción mediática enorme, otorgándoles mayor prominencia a los debates sobre los programas de acción afirmativa.¹³⁸ Mientras que los partidarios de los programas de

135 *Id.* en las págs. 222-24.

136 *Id.* en la pág. 239.

137 *Id.* en la pág. 217.

138 Según Chemerinsky, la discusión sobre los programas de acción afirmativa debe reconocer la existencia de diferentes tipos de acciones así como los diversos objetivos que intentan lograr, tales como la remediación de discriminación pasada, el aumento en la diversidad, aumento en el poder

acción afirmativa como Lee Bolliner, demandado en el caso de *Grutter*, entienden que el caso “amenaza con deshacer varias décadas de esfuerzo dentro de la educación superior para construir un ambiente educacional más integrado, justo y rico”,¹³⁹ por otro lado, los opositores vuelven a levantar el argumento de que “cualquier forma de discriminación, ya sea a favor o en contra, está mal”.¹⁴⁰ Sin embargo, es necesario que consideremos las implicaciones que la decisión del Tribunal puede tener para otras clasificaciones dentro de los programas de acción afirmativa en los programas de admisión a las universidades, como género y clase social, cuya aplicación no ha sido cuestionada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Aun cuando la opinión solamente declare inconstitucional los programas basados en raza, la decisión puede ser utilizada para argumentar que programas de acción afirmativa basados en otras consideraciones constituyen discriminación contra quienes no pertenecen al grupo beneficiado.

Esto da pie a que consideremos los tres mitos de la acción afirmativa, según son definidos por Erwin Chemerinsky. Indica el autor que el primer mito es la creencia de que “la discriminación en contra de grupos raciales minoritarios y mujeres es cosa del pasado”, cuando la misma continúa palpable en los Estados Unidos.¹⁴¹ El segundo mito es que “los programas de acción afirmativa son generalizados y sin control”, lo que contrasta con la realidad de lo limitado de estos.¹⁴² Chemerinsky indica la existencia de un tercer mito: “que la Constitución requiere que el gobierno sea *color blind* y *gender blind*”.¹⁴³ El autor entiende que nada en la Constitución requiere que el gobierno siempre actúe de esta forma.¹⁴⁴

La realidad es que, según Chemerinsky, eliminar los programas de acción afirmativa tendría como consecuencia la disminución de la diversidad en las universidades.¹⁴⁵ Lo que no consideran los opositores a estos programas es que la acción afirmativa no solo atiende la discriminación histórica, cuyos programas son esenciales para remediar la discriminación pasada, sino que también buscan el aumento en la diversidad del cuerpo estudiantil que enriquece la discusión en las clases.¹⁴⁶ Además, la eliminación de estos programas aumentaría la discriminación, pues la única forma de evitar el impacto de la misma es mirando a la raza y al género, no actuando como si estas distinciones no existieran.¹⁴⁷ El futuro de

político de las minorías, proveer modelos a seguir, aumentar la riqueza y los servicios que se ofrecen a las minorías. Véase Chemerinsky, *supra* nota 11.

139 Adam Liptik, *Justices Take Up Race as a Factor in College Entry*, NEW YORK TIMES, 21 de febrero de 2012, <http://www.nytimes.com/2012/02/22/us/justices-to-hear-case-on-affirmative-action-in-higher-education.html?pagewanted=all> (traducción suplida).

140 *Id.*

141 Erwin Chemerinsky, *What Would be the Impact of Eliminating Affirmative Action?*, 27 GOLDEN GATE U. L. REV. 313, 314 (1997).

142 *Id.* en la pág. 316.

143 *Id.* en la pág. 318 (traducción suplida).

144 *Id.*

145 *Id.* en la pág. 321.

146 *Id.* en las págs. 319-20. Chemerinsky entiende que esta acción no alcanzará los resultados de la acción afirmativa basada en raza.

147 *Id.* en las págs. 324-25.

los programas de acción afirmativa parece descansar en las manos del juez Anthony M. Kennedy, según Chemerinsky, quien ya ha contado cuatro posibles votos para revocar a *Grutter v. Bollinger*.¹⁴⁸ Sea su completa eliminación o una mayor limitación de los mismos, el Tribunal Supremo de Estados Unidos tiene ante su consideración una controversia histórica que podría determinar el futuro acceso a la educación superior de grupos minoritarios, tanto de raza, género y clase social.

CONCLUSIÓN

Los programas de acción afirmativa han tenido el efecto de permitirle el acceso a la educación superior a individuos que pertenecen a grupos minoritarios que, sin estos programas, no hubieran sido admitidos. No podemos ignorar la realidad. La discriminación por raza sigue estando presente en la sociedad. Sus efectos no han podido ser eliminados completamente, por lo que sigue existiendo la desigualdad causada por raza, dentro y fuera de los procesos de admisión universitaria. Es imperante que reconozcamos esto antes de atender la justicia o falta de esta en la eliminación de la acción afirmativa en la educación superior. Además, es necesario que aceptemos que sigue existiendo el discrimen o diferencias por otras clasificaciones, como género y clase social, que impiden el igual acceso a los estudios universitarios. Solamente luego de tener presentes estos problemas sociales, es que podemos determinar si la eliminación de los programas de acción afirmativa es justa o injusta. La contextualización es necesaria pues, sin la misma, estaríamos argumentando bajo la premisa de que vivimos en un mundo ideal.

Primeramente, los programas de acción afirmativa no son la solución ideal, ya que no atienden directamente los problemas y situaciones sociales, históricas, y presentes que han provocado las desventajas de los grupos minoritarios frente a otros grupos y han tenido el efecto de limitar o impedir la admisión de sus miembros a universidades en los Estados Unidos. Sin embargo, estos programas presentan un remedio, aunque parcial, que a largo plazo puede tener efectos en la disminución de estas para generaciones posteriores. La acción afirmativa no solo permite mayor acceso de las minorías a la educación universitaria, sino que también permite un aumento de la diversidad en el cuerpo estudiantil, y se logra a su vez la existencia de una discusión en la que se incluyan los puntos de vista de todos los grupos e individuos que componen la sociedad.

La eliminación de los programas de acción afirmativa basados en raza en los procesos de admisión universitaria tendría consecuencias nefastas, no solo a nivel universitario, sino también para el resto de la sociedad. Sabemos que, en parte, la acción afirmativa trata de disminuir las desventajas que tienen los indi-

¹⁴⁸ Debra Cassens Weiss, *Supreme Court to Hear Challenge in 'Potentially Momentous' Case Testing College Affirmative Action*, ABA JOURNAL, 21 de febrero de 2012, http://www.abajournal.com/news/article/supreme_court_to_hear_challenge_in_potentially_momentous_case_testing_colle/.

viduos que pertenecen a los grupos minoritarios. Si el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decide eliminar estos programas, se vería limitada la posibilidad de admisión de los estudiantes cuyo acceso a la universidad dependía de estos. Además, la decisión disminuiría la diversidad en las aulas universitarias y redundaría en que menos profesionales provendrían de estos grupos. Eliminar los programas de acción afirmativa sería injusto, no solo para aquellos que pertenecen a los grupos minoritarios, sino también para el resto de la sociedad en general. Fomentar la educación y el crecimiento profesional de todos los miembros que componen la sociedad es una de las políticas y metas de todo gobierno democrático, pues esto permite a su vez el desarrollo social, económico, cultural e intelectual del país. Como se indicó anteriormente, no podemos tomar decisiones fuera del contexto social actual, no podemos negar que la discriminación por raza sigue teniendo consecuencias que provocan desventajas para los individuos que pertenecen a grupos minoritarios, y no podemos negar que un cuerpo estudiantil diverso promueve una discusión más completa dentro de los salones de clase, pues promueve el diálogo desde diversas perspectivas. Además, la opinión del Tribunal podría tener serias consecuencias para otras clasificaciones que utilizan o podrían utilizar los programas de acción afirmativa, tales como el género y la clase social, pues el texto de esta opinión podría ser utilizado para retar esas clasificaciones. Esto tampoco es permisible o justo.

Sin embargo, entiendo que los programas de acción afirmativa deben ser, o continuar siendo, programas comprensivos, que incluyan no solo la raza como uno de los factores a ser considerados, sino también otros tales como: clase social, género, lugar geográfico, origen étnico, entre otros. Además, aunque no necesariamente por razones libertarias, es imperativo que se considere al solicitante, no solo como parte de un grupo, sino también como individuo. Esto, ya que como indica Amartya Sen, es necesario que tengamos en cuenta que pueden haber individuos, miembros de un grupo, con mayores ventajas que otros. No es lo mismo ser un hispano o afroamericano pobre y sin acceso a una buena educación que un hispano o afroamericano rico y con acceso a la mejor educación posible. No estoy diciendo aquí que estos últimos no deben ser considerados como miembros de grupos minoritarios en la evaluación comprensiva de los candidatos, sino que es necesaria una evaluación completa para determinar quiénes serían los mejores candidatos y esto incluye el esfuerzo realizado por aquellos más desaventajados para lograr tener acceso a una educación universitaria.

Ahora, el que la eliminación de los programas de acción afirmativa sea injusto no quiere decir que su existencia se justifique, o sea justa a perpetuidad. A pesar de que indicar un límite para su existencia es alejarnos de la realidad, pues no se puede indicar una fecha específica para la solución de los problemas sociales, la continuación de estos programas a perpetuidad implicaría que los problemas y la discriminación que han causado las desventajas a las cuales se enfrentan los grupos minoritarios no se han atendido. Los programas de acción afirmativa son un remedio tardío para estas desventajas, las cuales podrían disminuir si esto grupos tuvieran un mayor acceso a recursos y educación de calidad.

La decisión del Tribunal Supremo de atender el caso *Fisher v. University of Texas* puede resultar en serias repercusiones para grupos minoritarios, para las universidades y para la sociedad en general. Los debates sobre los programas de acción afirmativa no deben ser relegados a segundo plano en lo que el Tribunal emite su opinión. Al contrario, los mismos deben continuar con un sentido de urgencia y se debe incluir la mayor cantidad de análisis comprensivos que, además de tomar en cuenta las perspectivas que brindan las teorías de la justicia, reflejen el sentir de los diversos sectores que componen la sociedad.

Nos encontramos en un momento crucial para el futuro de la educación universitaria. La misma ha sido objeto de discusión pública durante los últimos años debido a las críticas por el alto costo de estudios, programas que se consideran no rentables por no servir al mercado, la necesidad de independencia académica y universitaria, entre otros. No podemos permitir que entre estas discusiones se pierda de vista la importancia de los programas de acción afirmativa, ni antes ni después que el Tribunal Supremo de Estados Unidos emita su opinión en el caso de *Fisher*.