

MANUAL DE INSTRUCCIONES PARA UTILIZAR EL
CONCEPTO DE IGUALDAD A FIN DE QUE LAS MINORÍAS
ÉTNICAS NO LA ALCANCEN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO FEDERAL NORTEAMERICANO
*SFA, INC. V. PRESIDENT AND FELLOWS
OF HARVARD COLLEGE Y UNIVERSITY OF NORTH
CAROLINA, DE 29 DE JUNIO DE 2023*)

An instruction manual on how to use the constitutional idea
of equality so that ethnic minorities do not become equal.
(North American Federal Supreme Court: *SFA,
Inc. v. President and fellows of Harvard College
and University of North Carolina, June 29, 2023*)

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Universidad de Valladolid
reymartinezfernando@gmail.com

Cómo citar/Citation

Rey Martínez, F. (2023).

Manual de instrucciones para utilizar el concepto de igualdad a fin de que las minorías étnicas no la alcancen. (Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano *SFA, Inc. v. President and fellows of Harvard College y University of North Carolina*, de 29 de junio de 2023).

Revista Española de Derecho Constitucional, 129, 267-303.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.129.09>

Resumen

Se comenta críticamente la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos de 29 de junio de 2023, sobre los sistemas de admisión con factor étnico de las universidades de Harvard y Carolina del Norte. El Tribunal anula esa medida de discriminación positiva a partir de una interpretación indiferente al factor racial de la igualdad constitucional y aplicando el estándar de control judicial más riguroso. El artículo propone una lectura alternativa de la igualdad constitucional y critica las numerosas y graves debilidades argumentativas de la decisión.

Palabras clave

Significado de la igualdad constitucional; discriminación racial; acciones y discriminaciones positivas; interpretación de la igualdad indiferente al factor racial; sistemas de admisión universitaria conscientes de la etnia; el valor educativo de la diversidad racial.

Abstract

The Ruling of the Federal Supreme Court of the United States on the admission systems race-conscious of the universities of Harvard and North Carolina, of June 29, 2023, is critically commented. The Court annuls this measure of affirmative action based on a colorblind interpretation of constitutional equality and applying the most rigorous standard of judicial control. The article proposes an alternative reading of constitutional equality and criticizes the numerous and serious argumentative weaknesses of the decision.

Keywords

Constitutional equality; racial discrimination; affirmative action; equality colorblind; race-conscious college admission systems; the educational value of racial diversity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSIDERACIÓN DEL FACTOR ÉTNICO EN EL INGRESO EN LAS UNIVERSIDADES NORTEAMERICANAS, UNA NUEVA BATALLA DE LA GUERRA ENTRE EL ENFOQUE INDIFERENTE HACIA EL RASGO ÉTNICO (COLORBLIND) DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL VERSUS SU LECTURA DESDE EL PRISMA DEL PRINCIPIO DE ANTISUBORDINACIÓN. II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA Y DE SUS OPINIONES CONCURRENTES Y DISCREPANTES: 1. Relevancia de la raza en los procesos de admisión del alumnado. 2. Interpretación, en general, de la igualdad constitucional y, en particular, de las políticas de admisión universitarias conscientes de la raza. 3. Los sistemas de admisión de Harvard y de Carolina del Norte no superan el *strict scrutiny test*. III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA: 1. El concepto de igualdad constitucional y la calificación de las medidas impugnadas desde el derecho antidiscriminatorio: 1.1. *La igualdad constitucional*. 1.2. *La calificación jurídica de las medidas impugnadas: ¿acciones o discriminaciones positivas?* 1.3. *¿Podría tratarse de una medida correctora de una discriminación indirecta, sistémica e institucional?* 1.4. *¿Dónde está la perspectiva de género?* 2. La aplicación del *strict scrutiny test* al caso. IV. CONCLUSIÓN: LA SENTENCIA ES UN ATAQUE MÁS IDEOLÓGICO QUE JURÍDICO AL VALOR DE LA DIVERSIDAD EDUCATIVA EN LOS CAMPUS UNIVERSITARIOS Y, EN DEFINITIVA, A UNA SOCIEDAD ÉTNICAMENTE MÁS EQUILIBRADA. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONSIDERACIÓN DEL FACTOR ÉTNICO EN EL INGRESO EN LAS UNIVERSIDADES NORTEAMERICANAS, UNA NUEVA BATALLA DE LA GUERRA ENTRE EL ENFOQUE INDIFERENTE HACIA EL RASGO ÉTNICO (COLORBLIND) DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL VERSUS SU LECTURA DESDE EL PRISMA DEL PRINCIPIO DE ANTISUBORDINACIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College y University of North Carolina et alii*, de 29 de junio de 2023, es relevante por varios motivos. Por el asunto, sin duda, una *vexata quaestio* de la jurisprudencia norteamericana de enorme relevancia social (la consideración del factor étnico en el ingreso en las universidades); porque ha tenido una repercusión mediática universal que la convierte en punto de referencia, se siga su doctrina o no; porque aborda un asunto jurídico de contornos particularmente borrosos como es el de las discriminaciones positivas, y, por último, y más importante, porque

gravita sobre un tema fundamental: qué significado cabe derivar de la cláusula constitucional de igualdad, que en Estados Unidos se contiene en la XIV enmienda de la Constitución.

Se trata de una decisión que ha provocado un afilado debate social y que también suscita una discusión jurídica de amplio calado porque sus argumentos impactan sobre categorías centrales del derecho antidiscriminatorio. El Tribunal Supremo Federal (en adelante, TSF) invalida los sistemas de ingreso del alumnado (programas *race-conscious*) de las universidades de Harvard y North Carolina porque tenían en cuenta el factor étnico como un elemento más para valorar de modo positivo en el proceso de admisión. Evidentemente, la sentencia se ubica en el contexto de un Tribunal con una mayoría tan activista como radicalmente conservadora¹.

Adelanto, desde este momento, mi frontal desacuerdo con la tesis principal de la sentencia, la lectura *colorblind* de la igualdad constitucional, esto es, su interpretación desde la indiferencia hacia el factor étnico² y mi coincidencia sustancial con las opiniones discrepantes de Sonia Sotomayor y de Ketanji Brown Jackson, que abrazan la interpretación de la igualdad constitucional desde la óptica del principio de antilibordinación de ciertos grupos étnicos históricamente marginados. En efecto, ¿cómo no coincidir con Sonia Sotomayor cuando afirma (p. 17): «Ignorar (jurídicamente) la raza no igualará

¹ Los seis magistrados elegidos por presidentes republicanos (Roberts, Kavanaugh, Gorsuch, Barrett, Alito y Thomas) están imponiendo los objetivos conservadores de gobierno en un gran número de temas ideológicamente inflamables —de decisiones «musculares» las ha calificado Adam Liptak, el comentarista del Tribunal de *The New York Times* (2023: 1)—: aborto, cambio climático, derecho a portar armas, préstamos estudiantiles, libertad religiosa frente a derecho a no sufrir discriminación por orientación sexual en establecimientos abiertos al público, libertad a los estados en relación con el derecho electoral (permitiendo el diseño interesado de las circunscripciones), etc. El Tribunal sufre, por ello, duras críticas: se le acusa de partidista (*partisan*) y numerosas encuestas reflejan una cierta pérdida de confianza popular. En una entrevista al *The Washington Post* (2022), Lawrence H. Tribe ha enfatizado los peligros y perjuicios que para el país está causando el Tribunal Supremo más partidista de la historia: «[...] claramente nos dirigimos a un precipicio... no es como la escena de *Thelma & Louise*, pero no veo manera alguna de evitarlo». Tribe subraya la escasa calidad de la argumentación de las decisiones conservadoras y algo de esto se produce, como veremos, en la sentencia en examen.

² Según la cual sería contraria a la igualdad constitucional toda regulación jurídica que diferenciase por la etnia de los destinatarios, sea de modo favorable o desfavorable a unos u otros. Esto presupone que toda desigualdad jurídica racial de trato es una discriminación inválida.

una sociedad que es racialmente desigual?». Por supuesto, la opinión de quien esto escribe es cuestión secundaria porque el verdadero propósito del comentario es mostrar con toda la honestidad y completitud posibles los argumentos vertidos en la sentencia. Esta incorpora reflexión de alto nivel con numerosas citas no solo de autores y no solo juristas, sino también de historiadores, sociólogos, etc.: es diálogo auténtico. A un lector europeo le puede resultar insólito, por ejemplo, que la opinión mayoritaria formule objeciones a las de los magistrados discrepantes, o que estos, e incluso los concurrentes, entren en debate.

Antes de valorar críticamente la decisión, procede exponerla, teniendo en cuenta dos aspectos lingüísticos: que la traducción de la sentencia es personal y que todos los magistrados, también los discrepantes, emplean la palabra «raza» para referirse a los grupos étnicos. Esto también supone una diferencia sustancial con la aproximación a estos temas que se suele hacer en Europa, que es más correcta, a mi juicio, porque científicamente no existen las razas, aunque sí el racismo y la discriminación racial. Es más preciso referirse a grupos étnicos que a razas³.

II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA Y DE SUS OPINIONES CONCURRENTES Y DISCREPANTES

El TSF resuelve la cuestión de si los sistemas de admisión de estudiantes de Harvard y North Carolina, que permiten tener en cuenta como elemento positivo (se habla de «plus» o de *tip*) su pertenencia a una raza minoritaria (sistemas, pues, *race-conscious*), son o no conformes con la cláusula de igual protección de la XIV enmienda de la Constitución y con los precedentes del propio TSF. Se trata de dos casos acumulados y el recurrente es el mismo: una organización sin ánimo de lucro llamada Students for Fair Admissions, Inc. (en adelante, SFA). El ponente de la sentencia es el presidente del TSF, el *justice* John G. Roberts. Los tribunales de instancia, tanto la District Court como el First Circuit, aplicando la doctrina de la Sentencia *Grutter v. Bollinger* (2003), habían declarado la validez constitucional de los sistemas de admisión impugnados, pero el TSF falla que son inconstitucionales. A la sentencia le acompañan tres opiniones concurrentes, de Thomas, Gorsuch y Kavanaugh, y dos opiniones discrepantes, de Sotomayor y Jackson⁴.

³ De hecho, una explicación semejante a la que aquí se hace se encuentra en la mayoría de los documentos de la Unión Europea que se refieren al racismo: mencionarlo no supone adherirse a la idea de que existen razas humanas diferentes.

⁴ El *justice* Kagan se adhiere a estas dos últimas. A la opinión discrepante de Sotomayor también se adhiere Jackson.

El hilo argumental de la sentencia es fácil de describir. 1) En primer lugar, se analiza el sistema de admisión de las dos universidades para identificar de qué modo la raza es determinante o no en el proceso, observando que lo es en grado sumo⁵. 2) Después, el TSF interpreta el sentido constitucional de la cláusula constitucional de igualdad, en general (afirmando que la única lectura válida es la *colorblind*) y respecto de la admisión en centros estudiantiles, a la luz de los precedentes, sobre todo de las sentencias *Regents of University of California v. Bakke* (1978) y de la ya citada *Grutter v. Bollinger* (2003), concluyendo que, de acuerdo con ellas, 3) las políticas de admisión conscientes del factor racial de las universidades de Harvard y de Carolina del Norte no cumplen ninguno de los requisitos de la jurisprudencia. Concretamente, no superan el estándar judicial del *strict scrutiny* (equivalente a nuestro juicio de proporcionalidad) porque no invocan ningún interés público *compelling* (convinciente), ni se articula una conexión clara (*narrowly tailored*) entre esas políticas y los beneficios educativos de la diversidad. Por otro lado, tampoco se cumplen los tres mandatos de la cláusula de igual protección: no utilizar la raza de alguien para perjudicarlo en un proceso de admisión universitaria, los poderes públicos no deben estereotipar racialmente y las eventuales medidas de *affirmative action* han de ser temporales, lo que no ocurre en el caso. En conclusión, el TSF falla que los sistemas de admisión impugnados lesionan la cláusula constitucional de igualdad de la XIV enmienda.

1. RELEVANCIA DE LA RAZA EN LOS PROCESOS DE ADMISIÓN DEL ALUMNADO

Este es un punto crítico porque la sentencia sostiene que es fundamental, mientras que las magistradas discrepantes afirman que, en realidad, son procesos de admisión «holísticos», esto es, procesos en los que se valoran numerosos elementos y, dentro de ellos, la raza de los solicitantes de ingreso juega un papel limitado. En todo caso, un dato objetivo para retener es que no

⁵ El *chief justice*, en la nota 1 de la sentencia, aporta datos que intentan rebatir los que aporta en otro sentido la *justice* Jackson sobre las tasas de admisión mejores o peores de los solicitantes negros y de origen asiático. Y, en la nota 6, también se impugna la tesis de esta magistrada, que sostenía en su *dissent* que «la raza no juega un papel determinante para los candidatos de la Universidad de Carolina del Norte», afirmando que, según algunos informes de expertos, «sólo la raza explica la admisión del 1,2 % de estudiantes del mismo Estado y del 5,1 % de fuera del Estado» entre 2016 y 2021.

estamos en presencia de una cuota racial de ingreso a miembros de minorías étnicas ni de una regla de preferencia absoluta o incondicionada, sino de un *tip* o un *plus* de preferencia para valorar junto con muchos otros y, en general, de mayor peso.

La sentencia recuerda el riguroso y complejo sistema de admisión de Harvard⁶ y de Carolina del Norte⁷ y observa que, según la propia Universidad de Harvard reconoce, «la raza es una propina (*tip*) determinante para un

⁶ En 2022 recibió, por ejemplo, 60 000 solicitudes para cerca de 2000 plazas. Cada solicitud pasa por cuatro evaluaciones: la primera es la del «primer lector» que asigna puntos (1 es lo máximo y 6, lo mínimo), valorando seis categorías: trayectoria académica y extracurricular, deporte, apoyo de la candidatura, rasgos personales (como madurez, integridad, liderazgo, amabilidad o coraje) y la general, que es la suma de las otras cinco. Después se pasa a la evaluación de un subcomité de admisión por áreas geográficas y, por último, el examen corresponde al comité plenario de admisiones, compuesto por cuarenta miembros, que se enfocan solo en los propuestos por los subcomités. El comité plenario, al comienzo de la reunión, examina el posible déficit de candidatos de minorías étnicas. El objetivo, según la propia Harvard alega, es «asegurarse de que no haya una dramática ausencia de minorías étnicas entre los admitidos» (p. 3). Cada solicitud que llega a esta tercera fase se examina por el plenario y, al final, se observa la composición étnica de los admitidos. Se llega, por último, a la fase final de «poda» (*lop*), que es el filtrado final de los candidatos, momento en el que el plenario puede tener en cuenta (o no) la raza, junto con el legado familiar (familiares que hayan estudiado antes en Harvard), el estatus de deportista de élite y los recursos económicos.

⁷ Carolina del Norte es la primera universidad pública norteamericana (1789) —así como Harvard pertenece al grupo de mejores universidades privadas del país, la *Ivy League*, Carolina forma parte del grupo paralelo de públicas, la *Public Ivy*—. Recibe más de 43 000 solicitudes de media por año, para algo más de 4000 plazas de nuevo ingreso. También aquí hay una primera lectura por unos cuarenta evaluadores a los que se sugiere considerar la raza minoritaria del solicitante como un factor más de su examen, junto con los resultados académicos previos, la evaluación de un examen test de ingreso, los compromisos extracurriculares, la calidad del ensayo que cada solicitante debe presentar, el carácter del candidato y otros factores personales. La sentencia llama la atención sobre el hecho de que, durante los años que ha durado hasta ese momento el proceso judicial, los solicitantes de minorías étnicas han solido ser mejor puntuados que los blancos en sus factores personales y peor en los propiamente académicos. Los *first readers* formulan una recomendación de admisión en la que el factor racial puede ser un «plus» significativo en algunos casos concretos. Estas recomendaciones son más tarde examinadas por un comité (*school group review*), que revisa uno por uno los expedientes y que también puede, eventualmente, tener en cuenta la raza minoritaria de algún solicitante.

porcentaje significativo de todos los hispanos y afroamericanos admitidos» (p. 3). El TSF sostiene, más allá de la controversia sobre el impacto real de las políticas de admisión sobre las minorías étnicas⁸, que uno de los mandatos que se derivan de la cláusula constitucional de igualdad es que la raza nunca puede ser usada contra nadie en un proceso universitario de admisión. Las universidades demandadas afirmaban que el factor racial operaba como un factor positivo en algunos casos, pero nunca de manera negativa sobre ningún solicitante. El TSF no comparte esta tesis porque las admisiones universitarias son un juego «de suma cero» (p. 27): el beneficio concedido a un miembro de los grupos étnicos minoritarios simétricamente provoca el perjuicio hacia alguna persona del grupo mayoritario.

Además, la sentencia (p. 28) observa la contradicción de las magistradas discrepantes cuando sostienen, al mismo tiempo, que el factor racial no afecta a muchos casos, es decir, es casi irrelevante, y que, sin embargo, si se eliminara, ello disminuiría significativamente el porcentaje de admitidos de minorías étnicas⁹.

La *justice* Sotomayor considera que las políticas de admisión impugnadas utilizan el factor racial solo de una manera «limitada» (p. 31), algo, por cierto, que no impiden los precedentes. Es un uso «contextual» y no «mecánico» (p. 31), en un proceso «holístico»¹⁰ (p. 32) en el que la raza se valora junto con muchos otros elementos, de modo que no puede servir para elegir a miembros poco cualificados de las minorías étnicas. Las dos universidades demandadas valoran todo tipo de diversidad y no solo la racial. La tesis de que los blancos son perjudicados «es un mito» (p. 45).

Sotomayor apunta otro argumento que me parece particularmente interesante y por eso volveré sobre él en las conclusiones: intentando adoptar una

⁸ La sentencia da por bueno el porcentaje, alegado en las instancias inferiores, de un 11,1 % de descenso del número de asiático-americanos y de blancos en Harvard (p. 27).

⁹ Así, por ejemplo, Sotomayor hace suyo un informe de Harvard según el cual, si se eliminara la consideración de la raza, la admisión de miembros de la comunidad negra pasaría del 14 al 6 % y la hispana, del 14 al 9 % (p. 34). El uso limitado de la raza ha sido eficaz, incluso «vital» (p. 43).

¹⁰ «La raza es solo una pequeña pieza de un puzle de dimensiones mucho más amplias, donde la mayoría de las piezas juegan a favor de las mayorías (y en perjuicio de las minorías raciales subrepresentadas)» (p. 45). También la *justice* Jackson se refiere al carácter «holístico» del proceso (p. 16), de modo que, incluso, «un estudiante blanco podría recibir un “plus” y uno negro, no» (p. 18). Curiosamente, tanto la sentencia como la opinión concurrente de Thomas controvierten con Jackson en este punto, pero no lo hacen con Sotomayor, quien, creo, argumenta aquí de modo más completo.

perspectiva realista de cómo opera la raza en el sistema de admisiones, observa que, en realidad, este modelo «multidimensional» beneficia a todos los estudiantes y no solo a las minorías, mientras que, por el contrario, si no existiera, se privilegiaría solo a los blancos¹¹. Sin mencionarlo ni, mucho menos, extraer las relevantes conclusiones de ello, Sotomayor insinúa la idea de las políticas de admisión *race-conscious* como remedios contra una discriminación racial sistemática de impacto o indirecta en el acceso a las universidades (p. 44).

2. INTERPRETACIÓN, EN GENERAL, DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL Y, EN PARTICULAR, DE LAS POLÍTICAS DE ADMISIÓN UNIVERSITARIAS CONSCIENTES DE LA RAZA

La sentencia interpreta que la XIV enmienda¹², introducida en 1868, representa «un principio fundacional» (p. 10) cuyo sentido era claro cuando se acuñó¹³, aunque más tarde se oscureció y a esta «historia innoble» (p. 11) contribuyó el propio TSF permitiendo las segregaciones raciales con la doctrina «separados pero iguales» (*Plessy v. Ferguson*, 1896), que es revocada con la sentencia *Brown v. Board of Education* (1954) y posteriores. El propósito central de la cláusula de igual protección es «alejarse de toda discriminación pública basada en la raza» (*Palmore v. Sidoti*, 1984). La cita, descontextualizada, como la mayoría de las que utiliza el TSF en su decisión, de *Shelley v. Kramer* (1948), es altamente expresiva: «La igual protección de las leyes no se adquiere a través de una indiscriminada imposición de desigualdades» (p. 28).

La sentencia considera que no discriminar significa no diferenciar por raza y, por tanto, toda excepción a esta regla debe superar un «desalentador» examen de dos pasos conocido como *strict scrutiny test* (escrutinio o examen estricto). Primer paso: que la diferenciación por raza persiga un interés público

¹¹ Pone el ejemplo de Harvard, donde juega un papel crucial en la admisión el marco ALDC, esto es, el ser deportista de élite, el legado familiar de los aspirantes (si han tenido ascendientes en la universidad), la *Dean Interest List* (en la que se puede encontrar, entre otros, a los solicitantes cuyos familiares sean donantes de la universidad) y a los candidatos cuyos padres trabajen en Harvard. Pues bien, Sotomayor repara en que el 67,8 % de los candidatos que encajan en la ALDC son blancos, el 11,4 %, asiáticos, el 6 %, negros, y el 5,6 %, latinos. Por el contrario, solo son blancos el 40,3 % de los candidatos que no son ALDC.

¹² Ningún estado «denegará a cualquier persona la igual protección de las leyes».

¹³ Citando *Strauder v. West Virginia* (1880): «¿Qué es esta cláusula sino la declaración de que el Derecho en los Estados debe ser el mismo para negros y blancos?» (p. 10).

compelling (convincente). Segundo paso: que la diferenciación esté necesariamente vinculada a satisfacer tal interés. En definitiva, la sentencia hace equivar «igualdad» con «identidad» de trato, de modo que todo trato jurídico que diferencie a los miembros de unos y otros grupos étnicos es un límite que lesiona el derecho constitucional de igualdad. Es irrelevante que dichos grupos no estén en una situación fáctica semejante¹⁴. Es intrascendente que las medidas diferenciadoras perjudiquen o favorezcan a los grupos étnicos en desventaja. Y, en consecuencia, se trata con rigor y de modo restrictivo cualquier desigualdad racial de trato: el examen de escrutinio estricto es el equivalente a lo que en España se llama principio de proporcionalidad, esto es, el método de exégesis constitucional para dibujar con precisión el límite de cualquier derecho constitucional. *That's the point*. A partir de este marco conceptual, aplicado al caso en examen, los efectos fatales para las políticas de admisión *race-conscious* son fáciles de prever. Por supuesto, en general, el TSF admite que en algunos casos sí se puede diferenciar jurídicamente por raza, pero serán realmente excepcionales¹⁵. La política de admisiones no es uno de ellos.

Trayendo la doctrina general de la igualdad constitucional al asunto, la sentencia lee los precedentes de una manera parcial, lo que ayuda a fundar su decisión, algo que es contestado por las magistradas discrepantes porque consideran que, en realidad, lo que se produce aquí es una revocación frontal de la jurisprudencia anterior¹⁶. En efecto, la sentencia recuerda y hace suya (desde cierta perspectiva) la opinión del *justice* Powell en *Bakke*¹⁷ (1978) y la doctrina

¹⁴ Muy claramente lo afirma Thomas: «Cualquier brecha estadística entre blancos y negros es constitucionalmente irrelevante» (p. 50).

¹⁵ La sentencia pone el ejemplo de garantizar la seguridad de las prisiones en casos de disturbios raciales (*Johnson v. California*, 2005), p. 15. El TSF afirma que «nuestra aceptación de una política pública basada en la raza ha sido rara por una razón: (como afirmamos en *Rice v. Cayetano*, 2000) las distinciones entre los ciudadanos solo por sus ancestros son por su propia y verdadera naturaleza odiosas a la gente libre cuyas instituciones se fundan en la doctrina de la igualdad» (p. 16).

¹⁶ No la sentencia, pero sí, en un arranque de sinceridad y también, quizá, de autohomenaje por ver su tesis triunfar después de haber estado en el lado de los magistrados minoritarios y discrepantes (en *Grutter*, por ejemplo), Thomas lo reconoce: «La sentencia hoy deja claro que *Grutter* es, para todo intento y propósito, revocada».

¹⁷ A la que ningún otro miembro del TSF de la época se adhirió porque cuatro magistrados (Brennan, White, Marshall y Blackmun) entendían que también era convincente el interés público de «remediar los efectos de una discriminación social anterior» y otros cuatro (Stevens, Burger, Stewart y Rehnquist) opinaban que la Constitución requiere un modelo *colorblind* en la toma de decisiones públicas. De algún modo, esta batalla conceptual de 1978 ha vuelto a darse en la sentencia y las opiniones particulares

posterior de *Grutter* (2003). Allan Bakke impugnó el sistema de acceso a la Facultad de Medicina de la Universidad de California (Davis) porque esta había reservado una cuota anual de dieciséis plazas (dentro de las cien que se ofertaban) a los miembros de ciertos grupos étnicos minoritarios. A Bakke se le inadmitió su solicitud de ingreso, a pesar de que tenía mejores resultados académicos que algunos de tales miembros que sí entraron. El *justice* Powell comenzó su decisión concluyendo que solo habría un interés público convincente para permitir ese sistema de acceso: «[...] obtener los beneficios educativos que se derivan de un cuerpo de estudiantes racialmente diverso» (p. 17), y excluyó otros intereses alegados como reducir el déficit histórico de presencia de las minorías étnicas en la universidad (porque eso sería preferir a unas personas frente a otras solo por su raza); remediar los efectos de un honda discriminación social (porque esto es un concepto «amorfo» o demasiado vago), o incrementar el número de médicos de minorías étnicas para que prestaran sus servicios en las zonas de concentración de dichas minorías (porque no hay pruebas de que esto fuera así o de que produjera avance alguno). Simétricamente a la identificación de los beneficios educativos de la diversidad racial como un interés público convincente a la hora de establecer procesos de admisión universitarios *race-conscious*, Powell defiende la competencia de las universidades, por su libertad académica, para establecer sus propios criterios de admisión. Pero esa libertad no es ilimitada. No permite un sistema de cuotas ni tampoco impedir la entrada a los miembros de ningún grupo étnico. Powell falla, pues, que la raza solo puede operar como un «plus» de alguna solicitud concreta¹⁸.

Es fácil adivinar la huella de esta doctrina en los sistemas de admisión impugnados más de cuarenta años después. Como también que la sentencia en examen hace triunfar apabullantemente la opinión minoritaria de los discrepantes en *Bakke* cuarenta y cinco años después.

que se están comentado. La opinión de Powell ofreció una vía intermedia que ha permitido un sistema razonable (y que, de manera lenta y mínima, pero eficaz, ha hecho avanzar la igualdad racial, según Sotomayor) durante más de cuarenta años.

¹⁸ E incluso este «plus» solo deberá ser tenido en cuenta de una manera flexible para poder considerar todos los elementos de diversidad a la luz de las particulares cualificaciones de cada aspirante. El *justice* Powell puso, precisamente, como ejemplo de su doctrina el sistema de admisiones de Harvard: «La raza de un candidato podría inclinar la balanza en su favor, como lo podrían hacer su origen geográfico o la experiencia de vida en otros casos» (p. 18). Un informe de la época de Harvard citado por la sentencia alegaba que «un chico de una granja de Idaho puede traer algo a Harvard que un bostoniano no puede ofrecer. Del mismo modo, un estudiante afroamericano puede traer algo que una persona blanca no» (p. 18).

El segundo precedente que se toma en consideración es *Grutter v. Bollinger* (2003), que se refiere al sistema de admisiones de la Universidad de Michigan. De nuevo se dividen radicalmente los magistrados; de nuevo se acepta como solución de compromiso que el único interés público convincente es la riqueza pedagógica de la diversidad del estudiantado; de nuevo, se insiste en la prohibición constitucional de un sistema de cuotas de ingreso. En *Grutter* se confirma, no obstante, la doctrina Bakke de la validez de un sistema limitado de admisiones *race-conscious*, aunque con fuertes sospechas sobre la idea de preferencia racial. La sentencia que aquí se comenta observa también de *Grutter* el énfasis en el carácter temporalmente limitado de tales sistemas de admisión¹⁹.

Las ideas apuntadas en la sentencia son desarrolladas exhaustivamente en el voto concurrente de Thomas, quien hace, como cabía esperar, una lectura «originalista» de la XIV enmienda formulando la (supuesta) intención *color-blind* de sus redactores en los años sesenta del siglo XIX. Este enfoque, según Thomas, se vería reforzado por la jurisprudencia²⁰. Por supuesto, no ignora que existe «una corriente crecientemente en boga» de la interpretación constitucional de la igualdad a partir del principio de antisubordinación²¹ según el cual

¹⁹ En *Grutter* se lee: «Hace veinticinco años desde que el *justice* Powell aprobara por primera vez el uso de la raza en el interés de la diversidad del estudiantado universitario... Esperemos que dentro de veinticinco años el uso de las preferencias raciales no tenga que ser ya necesario» (p. 21) El *chief justice* Roberts en la sentencia de 2023 no se resiste a aprovecharse de esta afirmación esgrimiendo que, «veinte años más tarde, la Universidad de Harvard insiste en que el uso de la raza en sus programas de admisiones debe continuar», pero «nosotros hemos permitido (en el pasado) las diferencias raciales solo dentro de restricciones muy rigurosas... que, en algún punto, deben terminar» (p. 22).

²⁰ Cita, por ejemplo, el famoso *dissent* del *justice* Harlan en *Plessy* (1896): «Nuestra Constitución es *colorblind* (indiferente al factor racial)». Me parece evidente que Thomas no puede encontrar apoyo aquí. Harlan sostenía que el derecho no podía tratar peor a los negros que a los blancos, de ahí también su famosa frase de que «no hay (o mejor, no debería haber) castas en Estados Unidos», y, por eso, en el caso concreto, no podía justificarse de ninguna manera que el señor Plessy tuviera que ir al vagón de tren reservado a los negros y no al de los blancos. Y, por tanto, el derecho debería ser idéntico para negros y blancos..., en el contexto del caso se deduce claramente que solo cuando se tratara peor a los negros que a los blancos. No conocemos la opinión de Harlan respecto de los tratos jurídicos favorables para los negros que intentaran equilibrar sus desventajas fácticas en comparación con los blancos en general.

²¹ Que procede de Owen Fiss (1976), al que Thomas ni se toma la molestia en citar. La tesis principal del *group-disadvantaging principle* es que la discriminación solo se comprende desde la perspectiva de la subordinación grupal que expresa y que provoca. El principio de antisubordinación exige que las leyes «no agraven o

la enmienda XIV solo prohíbe los tratos jurídicos que dañan (a las minorías étnicas) y no a las que les ayudan. Pero, a su juicio, esta tesis desconoce el sentido original de la XIV enmienda.

Igualdad, constitucionalmente hablando, es, según Thomas, identidad de trato para todos los grupos étnicos. Es interesante la controversia que, en este sentido, entabla con el *dissent* de la magistrada Jackson, también afroamericana, como él. Para Jackson, como para Sotomayor, es imposible interpretar la cláusula constitucional de igualdad sin tener en cuenta la situación de desigualdad y desventaja reales de las minorías étnicas, ignorando la ominosa historia de subyugación que han sufrido, desde la esclavitud, pasando por la segregación social, hasta la vigencia actual del racismo, que determinan en la actualidad la vida de tantas personas de esas minorías. Thomas se muestra radicalmente en desacuerdo. Ciertamente, la sociedad no es *colorblind*, argumenta, pero discrimina por muchas razones, no solo las raciales. Según la XIV enmienda, los poderes públicos no deben dispensar tratos jurídicos diferentes en función de la raza porque «no todas las desigualdades se basan en la raza y no toda la gente es racista» (p. 51), porque afirmar que la herencia esclavista relega a los negros a ser una casta inferior perpetúa es una tesis «irracional», «un insulto al progreso personal», y es «cancerígeno» respecto de los jóvenes que se enfrentan a barreras, puesto que les convierte en «víctimas permanentes» (p. 51). Si la tesis de Jackson fuera correcta, insiste Thomas, además de reforzar más que debilitar los estereotipos racistas, «no habría límites lógicos para adoptar medidas de *affirmative action*» (p. 52).

Por el contrario, Jackson se refiere a la «transmisión intergeneracional de la desigualdad» (p. 2) para explicar la vigencia actual del racismo en la sociedad norteamericana y, por tanto, de las discriminaciones sociales y económicas de las minorías étnicas que demuestra con datos estadísticos. Afirma que «juzgar a la raza como irrelevante en el derecho no la convierte en irrelevante en la vida [...], no se deriva ningún beneficio de la ignorancia» (p. 25). Pero es la *justice* Sotomayor la que, compartiendo la opinión de Jackson²², lleva a cabo una interpretación de la cláusula de igualdad y de la jurisprudencia del TSF

perpetúen» la posición subordinada de un grupo especialmente desventajado, ni dañen desproporcionadamente a miembros de grupos marginalizados (*ibid.*: 108). Esta teoría ha sido desarrollada posteriormente también como principio anticastas, antisubyugación o antiestigma. Para un análisis en profundidad, *vid.* Hernández Llinás (2023), sobre todo, pp. 220 y ss.

²² Observa, por ejemplo, que «las minorías [étnicas] tienden a ir a escuelas con profesores menos cualificados, con menor currículo educativo, con sistemas de evaluación más pobres y menos actividades extracurriculares» (p. 19).

completamente diferente a la de la sentencia y la de Thomas: «El Tribunal, desde hace mucho, ha considerado que debe asegurarse [la igualdad] a través de medios conscientes de la raza en una sociedad que no es ni nunca ha sido *colorblind*» (p. 2). Desde *Brown v. Board of Education* (1954), que prohibió la segregación escolar racista, y, más tarde, en *Bakke* (1978) y *Grutter* (2003), ya en el campo de la admisión en la educación superior, el TSF ha permitido a las universidades «considerar la raza de una manera limitada y con el único propósito de promover los importantes beneficios de la diversidad racial» (p. 2). Aunque los progresos han sido «lentos e imperfectos», estas políticas «han hecho avanzar la garantía constitucional de la igualdad y han promovido la visión de Brown (1954) de una Nación con centros educativos más inclusivos» (p. 2). Sotomayor considera que la sentencia que estamos comentando «desanda este camino de décadas de precedentes y progresos» y, al hacerlo así, «el Tribunal cimenta una regla superficial de *colorblindness* como principio constitucional de una sociedad endémicamente segregada, en la que la raza ha importado siempre y lo continúa haciendo» (p. 2).

La «igualdad en las oportunidades educativas es una condición para alcanzar la igualdad racial en nuestro país»²³ (p. 2). Sotomayor introduce en el debate la categoría de la igualdad de oportunidades²⁴, que, por supuesto, tanto la sentencia como las opiniones concurrentes rigurosamente ignoran. Esto es fundamental porque, para la sentencia, la igualdad es solo igualdad (entendida como identidad) de trato y toda excepción es un límite de interpretación estricta, mientras que, según Sotomayor, con un enfoque de la igualdad semejante al común en Europa, la igualdad constitucional es igualdad de trato, pero también igualdad de oportunidades de personas y de grupos. De modo que la igualdad de oportunidades no es un límite del derecho de igualdad, sino una exigencia derivada de este, sin la cual, por cierto, no se entiende la igualdad de trato²⁵. Es una mirada atenta a la realidad que es regulada por el derecho y no el enfoque formalista, conservador del *statu quo*, individualista (negando por completo el contexto grupal) y, añadido, cínico de la sentencia: «[...] la igualdad [constitucional] requiere ser conscientes previamente de la desigualdad

²³ No puedo estar más de acuerdo. Aunque no se refiera solo a las brechas racistas, sino también por discapacidad, razones socioeconómicas y género, esa es la tesis fundamental de mi trabajo sobre *La segregación escolar en España* (2020).

²⁴ «El talento vive en cualquier lugar, pero las oportunidades no» (p. 19).

²⁵ Sotomayor afirma que «la inferioridad intelectual y educativa fue uno de los pilares ideológicos de la esclavitud», y ya desde el momento fundacional de la Nación la oportunidad de aprender no fue *colorblind* ni igual. La abolición de la esclavitud no fue un punto final, sino de partida de la lucha contra el racismo en la escuela.

[fáctica]»²⁶ (p. 17). Desigualdad incluso hoy presente en los campus de Harvard²⁷ y de Carolina del Norte²⁸, donde, por ejemplo, el alumnado negro supone el 8 % (el de los blancos es del 72 %), mientras que la población negra del estado llega al 22 % (p. 23). Estas son «verdades incómodas», pero «son verdades» (p. 25). Y, por ello, entre otras razones, estas universidades han establecido como objetivos institucionales la diversidad y la inclusión²⁹.

Sotomayor incorpora, igualmente, otro concepto que estimo clave para iluminar este asunto: el de las «desigualdades sistemáticas» de las oportunidades educativas entre grupos étnicos (p. 19). Más tarde volveré sobre este concepto.

El voto discrepante de Sotomayor dedica muchas páginas a demostrar que la jurisprudencia del TSF no ha entendido la igualdad constitucional como una igualdad indiferente al factor racial, observando que la sentencia de 2023 contradice los precedentes (a pesar de que aparenta fundarse en ellos)³⁰.

²⁶ «Solo con los ojos abiertos a esta realidad (de desigualdad y de carencia de oportunidades educativas de algunos grupos étnicos) puede el Tribunal satisfacer la garantía de la igual protección» (p. 19).

²⁷ Desde su fundación, en 1636, la esclavitud y la subordinación racial fueron partes integrantes de la producción intelectual y la vida del campus. Harvard y sus donantes tenían amplios vínculos y se beneficiaron del comercio de esclavos, el trabajo de ellos y las inversiones relacionadas con la esclavitud. Todo ello fue vital para el crecimiento de la universidad en su día. La exclusión y la discriminación continuaron formando parte de la vida del campus hasta bien entrado el siglo xx. En las primeras décadas del siglo xx se produjo una «ciencia racista». Entre 1890 y 1940 solo entraban tres estudiantes negros por año. Actualmente, donantes y cargos de la universidad vinculados con la esclavitud y la supremacía blanca continúan siendo recordados en nombres de edificios, becas, etc. Y también se han descrito casos de aislamiento y acoso racial hoy en día (pp. 23 y ss.).

²⁸ Que, enclavada en un estado sureño, fue un «bastión de la supremacía blanca» con líderes del Ku Klux Klan en sus filas, cuyos nombres siguen signando edificios del campus, y un alumnado actual de minorías étnicas que continúa relatando acoso racial, aislamiento, tokenismo (o *postureo* de igualdad racial) y segregación residencial interna (p. 23).

²⁹ También resulta interesante que Sotomayor se refiera en diversas ocasiones a la inclusión educativa, que es el paradigma educativo contemporáneo de referencia. La mirada realista de la magistrada también la hace incorporar esta noción que procede del universo de la pedagogía. Por supuesto, la sentencia deliberadamente lo ignora, lo cual es grave cuando se enfrenta al único interés público convincente, los beneficios educativos, es decir, pedagógicos, de la diversidad (también la étnica) entre el estudiantado.

³⁰ No deja de parecer sarcástico que la sentencia concluya su argumentación de manera condescendiente hacia las magistradas discrepantes: «[...] entendemos que [ellas]

Por último, otro argumento para retener en este punto de la opinión de Sotomayor es su observación sobre la paradoja que supone que la sentencia (nota 4, p. 22) deje fuera de su fundamentación y fallo a las academias militares «a la luz de los intereses potencialmente diferentes [de seguridad nacional] que presentan». Que en este caso (y también en el de las universidades religiosas) se permitan sistemas de admisión *race-conscious* y no con carácter general le parece «arbitrario» (p. 40).

3. LOS SISTEMAS DE ADMISIÓN DE HARVARD Y DE CAROLINA DEL NORTE NO SUPERAN EL STRICT SCRUTINY TEST

La sentencia hace notar que las universidades demandadas no logran demostrar que sus políticas de admisión *race-conscious* cumplan el único interés público convincente que la jurisprudencia anterior consideraba válido: los beneficios educativos que se derivan de un cuerpo estudiantil racialmente diverso. Aquí está, a mi juicio, la mayor trampa argumentativa de la sentencia y donde desemboca, en realidad, el principio *colorblind*. La sentencia no niega formalmente que tales beneficios de la diversidad sigan siendo válidos, pero, en la práctica, endurece el examen judicial del cumplimiento de tal objetivo de tal manera que hace imposible que ni ahora ni en el futuro sea posible cumplirlo³¹. Es más honesto Thomas que la sentencia cuando reconoce que la doctrina *Grutter* ha sido revocada (p. 58).

quieran que el derecho sea diferente [...], están legitimadas para desearlo [...], pero no pueden cambiar la jurisprudencia mientras lo persiguen» (p. 39). Es la sentencia la que revoca la jurisprudencia sin decirlo expresamente.

³¹ Thomas recuerda que, incluso aunque la diversidad étnica retornara beneficios educativos en los campus universitarios, algo que «no ha sido demostrado», «los beneficios de la medida deberían pesar más que el tremendo daño infligido a algunas personas solo por su raza» (esta es, en realidad, la regla de la proporcionalidad en sentido estricto del derecho europeo), y, dado que «todo estereotipo (y clasificación normativa) racial daña y degrada a las personas» (p. 24), en realidad, se niega que el beneficio educativo de la diversidad sea un interés público convincente. Por su parte, Gorsuch hace suyas las alternativas a la diferenciación racial menos gravosas (que se derivan del principio de indispensabilidad o intervención mínima del principio general de proporcionalidad) que propone el demandante, la SFFA, como, por ejemplo, eliminar los *tips* de hijos de donantes, exalumnos y familiares de los trabajadores de Harvard, algo que beneficia a ricos y blancos (p. 15) (Gorsuch coincide en este punto con la opinión de Sotomayor). En todo caso, Sotomayor revela que tanto Harvard como Carolina del Norte ya han

El TSF no acepta ninguna de las concreciones que tanto Harvard como Carolina del Norte llevan a cabo de esos «beneficios educativos de la diversidad [racial]»³². Considera esos objetivos «loables», pero demasiado vagos, «amorfos» e imposibles de control judicial porque no permiten deducir criterios para valorar si se cumplen o no, o si hay alternativas menos gravosas que la de diferenciar a nadie por su raza. Sotomayor impugna esta tesis recordando que nada en la jurisprudencia del TSF obliga a que el interés público convincente cuente con un umbral de precisión tan elevado como el que ahora se exige. De hecho, el TSF ha reconocido como intereses públicos convincentes «otros intereses tan amorfos» o generales como «la confianza de la ciudadanía en la integridad judicial» (de no fácil definición), «la protección de la medalla de Honor del Congreso» o «el bienestar físico o psíquico de los niños» (p. 42).

Tampoco habrían articulado las dos universidades demandadas una clara conexión entre esos objetivos y las políticas de admisión *race-conscious*. Ambas universidades emplean estas categorías raciales: 1) asiáticos, 2) hawaianos nativos y otros isleños, 3) hispanos, 4) blancos, 5) afroamericanos, y 6) nativos americanos. El TSF no encuentra evidente de qué modo asignando al estudiantado en esas categorías y adoptando decisiones de admisión fundadas en ellas se consiguen los beneficios educativos que se declara perseguir. Primero, porque esas categorías son imprecisas de muchas maneras. Algunas son excesivamente amplias, como cuando, por ejemplo, se agrupa a todos los estudiantes de origen asiático (sin distinguir Asia del Sur o del Este; la presencia de alumnado de una zona no serviría para compensar la ausencia de otra). Otras categorías, como la de «hispano», no están bien definidas. La clasificación no solo es sobreinclusiva,

intentado en el pasado algunas otras medidas para conseguir un balance de alumnado racialmente equilibrado, pero no habrían resultado tan eficaces como las políticas de admisión *race-conscious* (p. 30).

³² Harvard lo había concretado en cuatro objetivos: 1) entrenar a los futuros líderes, 2) preparar la adaptación a una sociedad crecientemente plural, 3) educar mejor a los estudiantes a través de la diversidad y 4) crear educación innovadora añadiendo más puntos de vista. Carolina del Norte alegaba: 1) promover un intercambio robusto de ideas, 2) ampliar la comprensión social, 3) mejorar la innovación y solución de problemas, 4) preparar líderes y ciudadanos comprometidos y competentes, y 5) fomentar el respeto, la empatía y la simpatía étnicas, rompiendo estereotipos. En el modelo educativo actualmente dominante, el inclusivo, la gestión de la diversidad y la tolerancia son elementos verdaderamente nucleares e indiscutibles. Las dos universidades concretan de modo adecuado los beneficios educativos de la diversidad étnica y, sin embargo, el TSF no lo acepta, quizá porque le es deliberadamente ajena la gramática conceptual de la pedagogía contemporánea.

sino también subinclusiva³³, por ejemplo, en relación con los solicitantes de Oriente Medio (que incluye, entre otros, Jordania, pero también Irán o Egipto). El *justice* Gorsuch subraya el carácter «irracional» fundado en «estereotipos incoherentes» de la clasificación racial que usan las universidades³⁴ (p. 6)³⁵. Segundo, porque el uso de estas categorías, más que fomentar, socava los objetivos de igualdad racial que dicen perseguir las universidades³⁶.

La sentencia continúa su argumentación concluyendo que las dos universidades demandadas tampoco cumplen los tres mandatos de la cláusula constitucional de igualdad. Primero: la raza nunca puede ser usada contra nadie en los procesos de admisión (se supone que solo puede ser utilizada a favor). Esta discusión sobre la relevancia de la raza en la admisión ya la hemos analizado antes.

Segundo: la diferencia normativa teniendo en cuenta la raza no puede servir para reforzar los estereotipos racistas, y, sin embargo, las políticas de admisión de ambas universidades lo hacen. Incurren en el peligro de dar a entender que los estudiantes de minorías étnicas siempre expresan, de modo consistente, algunas características del punto de vista de esas minorías en todos

³³ Estos conceptos fueron acuñados por Tussman y TenBroek (1949) cuando observaron que la medida de confinamiento en Estados Unidos de los ciudadanos norteamericanos de origen japonés lesionaba el derecho constitucional de igualdad (aunque el TSE en *Korematsu v. United States*, 1944, la había validado) porque era sobreinclusiva (ya que no todos los ciudadanos de origen japonés eran peligrosos para la seguridad nacional) y también subinclusiva (puesto que no se había previsto un confinamiento semejante para los ciudadanos norteamericanos cuyo origen fuera el otro de los grandes enemigos bélicos, Alemania).

³⁴ Pone un ejemplo que no deja de resultar curioso: señala que «hispanos» son, en realidad, los que hablan español, vasco o catalán (se olvida del gallego, ya puestos), pero también maya, mixteco o zapoteco, aunque no hablen los primeros idiomas y aunque sus descendientes no provengan de la península ibérica (p. 6). No encuentro en este ejemplo demasiada claridad conceptual. Sobre las categorías raciales también halla ejemplos de sobreinclusividad porque «blancos» son tanto los noruegos como los marroquíes, tanto un refugiado iraquí como algún miembro de la familia real británica (p. 6). Además, con el tiempo, cada vez hay más familias mixtas y multiculturales.

³⁵ Sotomayor considera, sin embargo, que la confusión achacada a la clasificación racial no la tienen ni las universidades ni el estudiantado, que puede elegir entre una o más categorías o incluso ninguna.

³⁶ Gorsuch pone este ejemplo: las universidades prefieren una promoción de alumnado con el 15 % de mexicanos que otra del 10 % de estudiantes de varios países de América Latina simplemente porque los primeros son «hispanos», mientras que los segundos son «latinos» (p. 26).

los temas sin tener en cuenta las concretas circunstancias de cada individuo: edad, nivel de educación, estatus socioeconómico, lugar de residencia, etc. La sentencia adopta, en coherencia con su defensa del principio *colorblind*, un enfoque no solo preferente, sino exclusivamente individual, frente a la lógica de grupos (en este caso étnicos) socialmente en desventaja³⁷. «No se puede beneficiar a aquellos que solo tienen en común con otros el color de su piel» (p. 29). Thomas afirma: hacerlo así «erosiona la verdadera diversidad de pensamiento que la universidad pretende» (p. 48). Las frases finales de la sentencia apuntalan esta idea³⁸. Con esta tesis de individualismo exacerbado como guía, resulta imposible que ninguna política de admisiones universitarias en el futuro pueda superar el astringente examen judicial³⁹.

Sonia Sotomayor opone a estas ideas «una verdad básica»: las experiencias de la gente joven están sombreadas por una estructura social donde la raza sigue importando (p. 49). La raza «impone ciertas cargas a los estudiantes de color que no impone a los estudiantes blancos» (p. 49). Los estereotipos racistas se van superando no cuando se ignora la raza, sino cuando se incrementa significativamente el alumnado de minorías étnicas, porque los estudiantes aprenden que no hay un punto de vista minoritario, sino una diversidad de puntos de vista entre las minorías.

Tercero. Las medidas de *affirmative action* como las impugnadas deben tener un punto final, mientras que Harvard reconoce expresamente que su política de admisiones no tiene fecha de caducidad. Insiste en este punto la opinión concurrente de Kavanaugh. De nuevo con buen criterio, Sotomayor entiende, sin embargo, que no se puede poner una fecha final «porque las

³⁷ El proceso de admisiones de Harvard se funda en que «un estudiante negro puede normalmente traer a Harvard algo que una persona blanca no». Esto supone «asumir ofensivamente que los estudiantes de una determinada raza, a causa de su raza, piensan igual», y, además, siempre «en un sentido diferente del de los estudiantes de la mayoría» (p. 30). Al diferenciar por raza en la admisión, las universidades estereotipan de modo que convierten a las personas concretas en «meros productos de su raza», lo cual resulta contrario a la XIV enmienda (p. 31).

³⁸ «El estudiante debe ser tratado sobre su propia experiencia como individuo, no sobre la base de su raza. Muchas universidades han hecho lo contrario durante mucho tiempo. Y al hacerlo así, han concluido, erróneamente, que la piedra de toque de la identidad personal no son los desafíos vencidos, las competencias adquiridas o las lecciones aprendidas, sino el color de la piel. Nuestra historia constitucional no tolera esta elección» (p. 40).

³⁹ Como expresamente afirma Thomas: «[...] dada la interpretación estricta del TSE en esta sentencia, yo dudo mucho de que [las universidades] sean capaces en el futuro [de diferenciar al estudiantado por criterios raciales]» (p. 29).

instituciones no pueden predecir el futuro», y, por tanto, especular con una fecha es tan arbitrario como frívolo (p. 54).

A partir de las ideas expuestas, tanto la sentencia como las opiniones concurrentes no se ahorran argumentos en contra de las políticas de *affirmative action*. La sentencia recuerda que la jurisprudencia (*Bakke, Grutter*) no ha admitido como interés público convincente para adoptar medidas que diferencien racialmente el remedio contra una discriminación social histórica y hondamente arraigada en la sociedad. Y ello porque se abriría la puerta a innumerables demandas de todos los grupos sociales compitiendo entre sí por «alivios remediadores» (*remedial relief*) (p. 39). El TSF esgrime, pues, el argumento de la pendiente resbaladiza como muro de contención contra la *affirmative action*⁴⁰. Pero es, sin duda, Thomas quien manifiesta el mayor rechazo contra ellas. Opina que muchos estudiantes blancos e hispanos, que podrían triunfar académica y profesionalmente si fueran a universidades menos elitistas, obtienen peores resultados en estas por ser más competitivas; las políticas de admisión *race-conscious* causan un sentimiento de inferioridad en los grupos beneficiados y de resentimiento y hostilidad en los perjudicados, y por ello no provocan armonía racial, sino todo lo contrario; además, son medidas sobre-inclusivas porque no distinguen entre miembros de minorías étnicas ricos y pobres; perjudican a la mayoría blanca, pero también a la minoría asiática, en favor de hispanos y negros; diferenciar por raza, aunque sea con buenos propósitos, es también estereotipar y discriminar, es racista, y el racismo no puede superarse con más racismo, aunque sea de otro tipo; las políticas de admisión impugnadas son, en realidad, «estéticas» (pp. 29 y 42), tokenistas, solo fachada; la experiencia de universidades como la de Michigan o las de California, que no tienen políticas de admisión raciales, muestra que son más racialmente diversas que otras que las tienen; la política de acciones afirmativas resulta «en un ciclo sin fin de victimización de grupos» (p. 55).

Es, otra vez, la magistrada Sotomayor quien contesta a estas alegaciones de Thomas, llevándolo en algún momento al terreno personal: «El juez Thomas habla por sí mismo», y no aporta dato alguno. Los tres magistrados del TSF actual pertenecientes a minorías étnicas se han graduado en universidades de élite con programas de admisión raciales y, sin embargo, han tenido exitosas carreras profesionales (p. 55). Diversos estudios desacreditan la idea del sentimiento de inferioridad de las minorías favorecidas por las acciones afirmativas. Aunque fuera verdad que se sigue discriminando a los asiáticos en particular,

⁴⁰ «El sueño de una Nación de ciudadanos iguales se disolvería en un mosaico de preferencias de cambio basadas en las demandas sociales [de los grupos] inherentemente inconmensurables a partir de pasados erróneos» (p. 39).

ello no llevaría a suprimir la medida impugnada, sino a mejorarla. Con datos, Sotomayor intenta demostrar que ni Michigan ni las universidades de California son un ejemplo de diversidad.

La sentencia también provoca un endurecimiento futuro del estándar de control judicial sobre las políticas de admisión de las universidades en el ámbito de su libertad académica, que en Estados Unidos se conecta con las libertades de la primera enmienda, pero que no es reconocida expresamente por el texto constitucional. El TSF recuerda que, en efecto, su jurisprudencia ha sido tradicionalmente deferente o respetuosa hacia las decisiones académicas de las universidades, pero ello no supone abdicar de su facultad de control constitucional⁴¹ (p. 26). Thomas, de nuevo, va más allá y afirma que «el escepticismo judicial» hacia las medidas, también las universitarias, que diferencian por raza «es vital»⁴². Y Gorsuch, en su opinión concurrente, se refiere «a la excepción universitaria» para superar respecto de la interpretación constitucional de la igualdad (p. 22). Por el contrario, y como cabe suponer, Sotomayor, en su *dissent*, enfatiza el valor de la libertad académica que la sentencia erosiona (p. 16).

⁴¹ «La principal respuesta de las dos universidades a la crítica del Tribunal [sobre el sentido de sus políticas de admisión *race-conscious*] es: “confíen en nosotros”» (p. 26), pero no todo vale desde el punto de vista de la igualdad.

⁴² Entre otras razones porque, a su juicio, la historia demuestra que las discriminaciones «supuestamente benignas o favorables» pueden ser perniciosas. Thomas pone como ejemplo a las dos universidades demandadas: la política de admisiones «holística» (es evidente que trae este adjetivo aquí en contestación a las magistradas discrepantes de modo descontextualizado, falso y despectivo) de Harvard comenzó en 1920 para excluir a los judíos de sus aulas. Con una política de cuotas *de facto*, el ingreso de estudiantes judíos pasó del 28 % en 1925 al 12 % en 1933. De acuerdo con el entonces presidente de Harvard, Abbot Lawrence Lowell, excluir a los judíos de Harvard ayudaría a mantener las oportunidades de admisión para los gentiles y perpetuar la pureza de la raza (p. 27). Por su parte, Carolina del Norte fue durante mucho tiempo una universidad racialmente segregadora. Admitió a su primer estudiante negro, y por orden judicial, en 1955. El pasado descalificaría a estas dos universidades «como árbitros fiables» de una aplicación cabal del criterio racial en sus decisiones académicas (p. 28).

Realmente, la comparación de las medidas que favorecen el ingreso en universidades de élite de minorías étnicas, en el contexto de una sociedad fuertemente racista, con las que prohibían en otro tiempo esa misma entrada de los estudiantes judíos y meterlas en el mismo saco es la mejor demostración de la irrazonabilidad absoluta de las tesis de Thomas (y de la sentencia). Es un ejemplo que descalifica por completo la teoría que quiere demostrar.

III. COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA

En primer lugar, y antes de entrar en los asuntos de fondo que plantea la sentencia, cabe llamar la atención sobre un hecho que es realmente sorprendente para un jurista español: ni la sentencia ni los votos particulares distinguen en ningún momento la diferente situación que, respecto de las políticas de ingreso y su compatibilidad con la cláusula constitucional de igual protección ante el derecho, podrían tener las universidades *públicas*, como la de Carolina del Norte, respecto de las que son estrictamente *privadas*, como es la de Harvard. A todos los efectos, el Tribunal Supremo las trata de modo idéntico. En el contexto español, las universidades privadas disfrutarían, en principio, de una mayor libertad de decisión también respecto de sus políticas de reclutamiento de estudiantado en comparación con las universidades públicas, más obligadas a cumplir estrictamente la prohibición de discriminación del art. 14 CE en la medida en que no tienen que ponderar esta obligación (la prohibición de discriminar a nadie por su religión, ideología, discapacidad, género, raza, etc.) con la libertad ideológica, religiosa, de expresión o de empresa, que también son derechos constitucionales.

Distinguiré en el comentario de la sentencia dos grandes aspectos. De un lado, el debate sobre el concepto de igualdad constitucional y la calificación de las políticas de admisión *race-conscious* como medidas de *affirmative action*. ¿Lo son, en realidad? De otro lado, la aplicación del estándar judicial de control que utiliza el TSF, el *stric scrutiny test*.

1. EL CONCEPTO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL Y LA CALIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS IMPUGNADAS DESDE EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

1.1. *La igualdad constitucional*

La mayoría de *justices* en la sentencia expresan un entendimiento de la igualdad constitucional típicamente norteamericano frente al modelo de interpretación característicamente europeo, que es el cercano a las opiniones discrepantes de la sentencia (que también tienen un largo pedigrí en Estados Unidos, pero, normalmente, como postura minoritaria en la jurisprudencia)⁴³. En otro lugar (Rey, 2023), he sugerido las profundas diferencias entre los modelos norteamericano y europeo de igualdad, así como su aproximación reciente, no exenta de

⁴³ *Vid.* Hernández Llinás (2023, especialmente en este punto, el capítulo cuarto, pp. 220 y ss.) y Delgado (2017: 328 y ss.).

problemas. En Europa, la idea tradicional de igualdad es una idea sobre todo política y no jurídica y, por ello, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, no ha servido hasta hace poco para sostener y ganar demandas judiciales. Es una idea que aparece primero en panfletos y documentos políticos revolucionarios y reformistas y que, a lo sumo, se transforma en políticas públicas sociales más o menos exitosas, pero no en resoluciones judiciales; es una idea que se ha ido concretando jurídicamente no hace tanto⁴⁴. Por ello, la igualdad de oportunidades ha sido tradicionalmente, en Europa, desde el punto de vista jurídico, no una «regla», como en Estados Unidos, sino un «principio», de densidad jurídica más bien leve.

El modelo norteamericano de la igualdad, por su parte, se fue construyendo no a partir de la división fundamental europea entre obreros y patronos, dado que aquella era una sociedad homogénea de burgueses, o, al menos, de personas que aspiraban a serlo. En Estados Unidos la brecha social principal ha sido siempre la racial⁴⁵. El «otro» no ha sido fundamentalmente el obrero, sino el afrodescendiente, y, después, otras minorías étnicas, y, más tarde, las mujeres. Desde la óptica norteamericana, tan individualista y tan atenta a la idea de libertad y de mérito estrictamente personal, el concepto de Estado social y de igualdad de oportunidades aparejada, esto es, de la validez de los tratos jurídicos favorables por parte de los poderes públicos a personas y grupos desventajados de hecho, es, en principio, simplemente, incomprensible, y, como mínimo, altamente sospechoso. La sentencia examinada es el mejor ejemplo de ello: en nombre de la igualdad constitucional (formal y de trato) se suprime una medida dirigida a lograr la igualdad (real y de oportunidades) étnica en las universidades. La igualdad, como se ha indicado, se entiende en la sentencia como igualdad de trato *colorblind*, es decir, como equivalente a identidad de trato racial, y la igualdad de oportunidades, a la que se identifica globalmente como discriminación positiva, se califica como límite, y, por tanto, de interpretación estricta, de la igualdad de trato. De hecho, ni la sentencia ni las opiniones concurrentes mencionan la igualdad de oportunidades en algún momento. Es Sotomayor quien la incorpora al debate y ya he mostrado antes mi coincidencia absoluta con esta tesis⁴⁶.

⁴⁴ Tras la Segunda Guerra Mundial, en la cláusula del Estado social y su código genético: la igualdad de oportunidades, esto es, en la declaración de la validez de los tratos jurídicos diferentes y favorables a todos aquellos que se encuentren en alguna situación de desventaja fáctica reconocida.

⁴⁵ Esto se afirma así, por cierto, en la sentencia en examen: el objetivo central de la XIV enmienda fue eliminar la discriminación racial (p. 14).

⁴⁶ Todos los desarrollos conceptuales que aquí se exponen pueden encontrarse con mayor extensión y profundidad en mi libro *Derecho antidiscriminatorio* (2023).

Un entendimiento sedicentemente «neutro» de la igualdad no es ni mucho menos «neutral», como demuestra patentemente la sentencia analizada. La comparación que formula Thomas (p. 28) como soluciones nulas equivalentes, la de la exclusión de los estudiantes judíos de Harvard hace cien años y la de los sistemas de admisión actuales que tienen en cuenta el factor racial, es un puro y simple disparate que muestra bien a las claras que su tesis de la igualdad *colorblind* no es consistente. Que se considere que todo trato jurídico diferente por el grupo étnico debe tacharse de inválido, ya se perjudique o ya se beneficie a ese grupo sobre el que pesan hondos y arraigados prejuicios sociales, como el racismo o la xenofobia, y del que se puede demostrar una situación de desventaja social (en este caso, la menor cuota de ingreso en las mejores universidades) en comparación con el o los grupos mayoritarios, es una interpretación que robustece la situación real de desigualdad: favorece a la mayoría y perjudica a la minoría.

Es un sarcasmo que se invoque precisamente la igualdad (formal) para no permitir que brille la igualdad (real). En el modelo europeo, la idea de Estado social es el mejor intento político conocido de conciliar igualdad formal e igualdad real, de modo que sean dos caras de la misma moneda y no dos principios enfrentados: es un triunfo civilizatorio⁴⁷.

1.2. La calificación jurídica de las medidas impugnadas: ¿acciones o discriminaciones positivas?

El enfoque tremendamente reductor de la igualdad constitucional de la sentencia se muestra, ya en un plano más técnico, en la confusión permanente entre las acciones positivas que pudieran (y, en realidad, debieran) derivarse de modo legítimo de ella y las discriminaciones positivas, sobre las que pesa una duda razonable de legitimidad constitucional en la medida en que, a diferencia de las acciones positivas, no solo pretenden un trato jurídico mejor para las personas de grupos étnicos que se encuentren, de hecho, peor, sino que, además, pueden producir un daño a personas concretas del grupo social mayoritario. El acta de nacimiento del concepto de *affirmative action* es la *Executive Order 10925*, de 6 de marzo de 1961, del presidente

⁴⁷ En mi opinión, la igualdad de oportunidades jamás puede entenderse como una suerte de tumor maligno de la igualdad de trato, frente al que tenga que desplegarse el sistema inmunitario, que es el juicio de proporcionalidad, sino, más bien, todo lo contrario, es el antibiótico que garantiza una vigencia saludable de la salud de la igualdad de trato en el cuerpo social.

John F. Kennedy⁴⁸. El problema deriva de que por *affirmative action*, en el ordenamiento norteamericano, se comprenden indistintamente la «acción positiva» y la «discriminación positiva». Esta confusión terminológica responde, como casi siempre, a una confusión conceptual⁴⁹, que, en el caso de la sentencia comentada, y en las opiniones que la acompañan, es particularmente grave porque en todo momento y por todos se asume que las políticas de admisión étnicas de Harvard y de Carolina del Norte son una discriminación positiva potencialmente sospechosa en cuanto que límite del derecho de igualdad entendido como exigencia de identidad de trato sin mirar el color de piel de las personas y no una acción positiva válida para alcanzar una mejor igualdad étnica.

Así pues, la sentencia parte de dos premisas que, a mi juicio, son discutibles: primera, que la política de admisiones impugnada es una medida de discriminación positiva (y no una acción positiva), y, segunda, que, por tanto, le corresponde el estándar judicial de control más riguroso, el *strict scrutiny test*. Si la medida discutida fuera una acción positiva, sería desproporcionado aplicarle este tipo riguroso de control, ya que las acciones positivas, como se ha indicado, no son, en el marco de un Estado social, una excepción de la igualdad constitucional, sino la otra faz de esta, junto con la igualdad de trato.

Parece evidente, por tanto, que, en primer lugar, para resolver correctamente el conflicto planteado, haya que calificar jurídicamente con la mayor precisión posible qué tipo de medida es una política de admisiones étnicas en las universidades. Ni la sentencia ni las opiniones lo hacen expresamente, aunque sí discuten sobre ello al abordar la mayor o menor relevancia de la medida. En este punto, coincido con la sentencia en destacar la importancia, más cualitativa que cuantitativa, de la política de admisiones impugnada. Es cierto, como en ella se sostiene, que no es lógico afirmar al mismo tiempo que hay pocos casos en los que se aplique (insinuando un peso escaso en la

⁴⁸ A través de esta norma, Kennedy crea el Committee on Equal Employment Opportunity (que en 1965 se transforma en la Equal Employment Opportunity Commission, la institución federal que aún hoy se ocupa de las políticas de igualdad: www.eeoc.gov) y ordena que todos los proyectos financiados con fondos federales *take affirmative action* para asegurar la contratación y los derechos laborales de todas las personas sin discriminación racial.

⁴⁹ En el contexto de un sistema normativo como el estadounidense, cabe insistir, en el que no hay un reconocimiento constitucional de la igualdad de oportunidades, en forma de cláusula de Estado Social o de precepto expreso general (nuestro art. 9.2 CE) o particular como derechos y principios sociales (nuestro capítulo tercero del título I CE).

práctica) y que suprimir la medida tendría consecuencias nefastas para las minorías étnicas⁵⁰ (de «tragedia» llega a hablar Jackson, p. 29). Aunque solo se aplicara de modo relevante respecto del ingreso en la universidad de un solicitante, ello no eximiría de considerar su trascendencia constitucional.

La cuestión crítica aquí es determinar si, como sostiene la sentencia, juzgar la pertenencia de un grupo étnico minoritario como factor decisivo para la admisión supone simétricamente un perjuicio para otros solicitantes. En ese caso, estaríamos en presencia de una discriminación positiva y sí tendría sentido endurecer el control judicial. En caso contrario, sería una acción positiva válida que no merecería tan intenso control judicial posterior.

No me parece fácil responder a esta cuestión. Podrían esgrimirse argumentos razonables en los dos sentidos. Supongamos, en primer lugar, la tesis de las políticas de admisión étnicas como acciones positivas. De alguna manera, sin llamarlo así, es la intuición de las magistradas discrepantes cuando niegan que se perjudique a nadie, ya que el factor étnico es solo uno de los elementos para valorar, y no el más importante, en un contexto de sistema de admisión «holístico». Al revés, ellas afirman que las normas de admisión, en general, tienden a reforzar la entrada de los estudiantes blancos y que, sin el permiso para favorecer a las minorías étnicas, siempre de modo limitado, la brecha de admitidos entre grupos étnicos sería aún más favorable para aquellos. En favor de la tesis de la acción positiva milita el hecho de que las medidas impugnadas no son, ni mucho menos, ni una cuota de reservas de plazas a miembros de minorías étnicas (algo que el TSF sí anuló en el caso *Bakke* y nunca más se ha vuelto a plantear) ni una regla de preferencia absoluta o incondicionada en favor de las minorías étnicas⁵¹, que son las dos formas más típicas de manifestación de las discriminaciones positivas. Lo cierto es que, con esos sistemas de admisión que tienen en cuenta tantos criterios, es casi imposible atribuir a uno solo de ellos el éxito de la admisión. Además, el factor étnico parece jugar un papel menor respecto de los otros criterios (trayectoria académica y extraacadémica, etc.). Por no mencionar que algunos de estos criterios introducen desigualdades, sobre todo de tipo socioeconómico, tan odiosas como la étnica, con la que, por cierto, se hayan en estrecha relación, configurando una discriminación múltiple, como cuando se concede un peso

⁵⁰ En sentido contrario, también Thomas, sin embargo, se contradice, a mi juicio, al sostener la importancia del sistema étnico de admisiones y al estimarlo, en diversos momentos (pp. 29 y 42), como puro y simple tokenismo estético, una foto bonita sin más.

⁵¹ Una regla absoluta de preferencia sería la que estableciera que, en caso de igualdad de méritos, deberá concederse necesariamente el ingreso en la universidad a la persona del grupo étnico subrepresentado de que se trate.

extraordinario en la valoración tanto de los recursos económicos como del *legacy* familiar, es decir, si el solicitante tiene o ha tenido familiares matriculados en esa universidad o si es hijo de donantes. Algo que, con perspectiva española, podría entenderse en una universidad privada como Harvard, pero de ninguna manera en una pública como Carolina del Norte.

Vayamos ahora a la tesis de las medidas como discriminaciones positivas, que es la asumida por la sentencia y las opiniones concurrentes a través de su idea de los sistemas de admisiones como juegos de suma cero, esto es, los beneficios de alguien implican simétricamente perjuicios para otros. La demostración de que en algunos supuestos el factor racial es decisivo es la asunción general, también por las discrepantes, de que, sin esta medida de admisión étnica, habría retrocesos sensibles en el porcentaje de alumnado de minorías étnicas. Y, además, los posibles perjudicados no solo son el grupo mayoritario de estudiantes blancos, sino otros grupos étnicos minoritarios (en la sentencia varias veces se hace mención a los de origen asiático). La política de admisiones étnica se establece para que sea eficaz, no para que sea irrelevante. Parece lógico pensar que, si algún estudiante ingresara en la universidad *decisivamente* por su pertenencia a un grupo étnico minoritario, se habría cerrado el paso a otro estudiante que no pertenece a ese mismo grupo y, en ese sentido, se le habría lesionado su derecho a no sufrir discriminación racial. Por ello, también es dable opinar que, si se opta por considerar la medida impugnada como una discriminación positiva, lo sería bajo la figura de una regla de preferencia étnica *relativa* y no absoluta.

Convengamos que, como hipótesis, el sistema de admisión impugnado es una discriminación positiva y que, por tanto, debe ser examinado por los órganos judiciales del modo más severo posible, que es, precisamente, lo que se ha hecho. Pues bien, incluso en ese caso, dicho sistema debería haber sido, a mi juicio, declarado plenamente conforme con la cláusula constitucional de igualdad. Esa es, al menos, la interpretación europea que se expresa en la saludable doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la sentencia *Marschall* (asunto C-409/95), de 11 de noviembre de 1997, confirmada en casos posteriores⁵². En este asunto, suscitado en *Nordrhein-Westfalia* por un varón que se siente discriminado por su sexo, el recurrente, Hellmut Marschall, profesor, no logra un ascenso porque, en aplicación del art. 25.5 de la Ley de Función Pública del *Land*⁵³, ascienden a una compañera mujer que tenía

⁵² *Badeck*, de 28 de marzo de 2000, *Katarina Abrahamsson (y otras)*, de 6 de julio de 2000, *Julia Schnorbus*, de 7 de diciembre de 2000, *Griesmar*, de 29 de noviembre de 2001, *Lommers*, de 19 de marzo de 2002, o *Leone y Leone* (2014), entre otros.

⁵³ «Cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la

iguales méritos que él. Es un caso semejante a uno anterior, Kalanke (1995), pero no idéntico, porque la cuota aquí no es automática en el caso de infrarrepresentación como en aquel (y por eso fue anulada), sino que existe una «cláusula de apertura»: se establece una regla de preferencia a favor de las mujeres, pero pueden concurrir motivos en la persona de un candidato varón que inclinen finalmente la balanza a su favor. El Tribunal entiende por ello que no viola el principio de igualdad de trato por sexos de la Directiva 76/207.

Ciertamente, la medida impugnada en el asunto *Marschall* se refiere a subrepresentación en el acceso y promoción de la función pública y no en el ingreso en las universidades; tampoco es un asunto de discriminación racial, sino de género, pero creo que es razonable la comparación porque el elemento central es común: se trata de una discriminación positiva *sub specie* de una regla de preferencia relativa y no absoluta. Y, además, en los sistemas de admisión *race-conscious* que se cuestionan en Estados Unidos, por su carácter «holístico», el factor étnico juega un papel sensiblemente menor y más relativo de lo que lo hacía el sexo en los sistemas de promoción burocrática alemanes.

En definitiva, ya se estimen las medidas de admisión *race-conscious* impugnadas como simples acciones positivas dirigidas a alcanzar la igualdad étnica en el campo de las oportunidades educativas, ya se haga como discriminaciones positivas, en la medida en que introducirían una regla de preferencia étnica relativa y no absoluta, debieran juzgarse (desde la perspectiva europea) como medidas compatibles con la igualdad constitucional y, por tanto, plenamente válidas. Otra cosa sería si estuviéramos en presencia de cuotas raciales o de reglas de preferencias étnica absolutas.

1.3. ¿Podría tratarse de una medida correctora de una discriminación indirecta, sistémica e institucional?

Sería posible, incluso, calificar jurídicamente tales sistemas de admisión de otra manera: como un remedio frente a una discriminación indirecta o de impacto de tipo sistémico o estructural⁵⁴ y, además, institucional. Ninguna de

carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor».

⁵⁴ Para explicar el carácter «estructural» o «sistemático» de las discriminaciones, a menudo se pone el ejemplo de una carrera en la que todos los competidores no reúnen las mismas condiciones. La metáfora de la carrera procede del propio Martin Luther King en su obra *Why we can't wait* (1964). Señala que los enemigos de los tratos

las magistradas discrepantes llega a plantear algo así, pero ambas muestran con datos la tozuda desigualdad étnica, histórica y actual de las oportunidades educativas en Estados Unidos. Sotomayor llega a hablar de «desigualdades [de tipo étnico] sistemáticas» en la educación (p. 19) y recuerda este dato estadístico relevante: en el estado de Carolina del Norte, un 22 % de la población es negra, pero en la Universidad de Carolina del Norte solo hay un 8 % de estudiantes negros (p. 23). Ni Sotomayor ni Jackson desarrollan la potencialidad argumentativa de todo ello. No mencionan el concepto, relacionado con las situaciones particularmente compactas, generales y arraigadas, es decir, sistemáticas, de desigualdad social de grupos étnicos (como puede ser la educación), de discriminación indirecta o de impacto, que, por cierto, también nació en Estados Unidos, más concretamente en la Sentencia del TSF *Griggs v. Duke Power Co.* (1971). ¿Es favorecer la entrada de miembros de minorías étnicas con escasa presencia en los campus de las mejores universidades una medida que busca mejorar su situación concediéndoles una ventaja que no se da a los miembros del grupo étnico mayoritario (acción o discriminación positiva), o es, más bien, una política que pretende evitar que se siga tratando de modo diferente y peor a dichos miembros (discriminación indirecta)? ¿Es igualdad de oportunidades, como todos en el asunto parecen asumir, o es igualdad de trato (bajo la especie de las discriminaciones indirectas)?

Una discriminación indirecta es (Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018: 58) un trato jurídico diferente adoptado no por un rasgo sospechoso de discriminación (en este caso, el étnico), sino por uno de apariencia neutral (valoración de la trayectoria académica y demás criterios), que, por la diferente situación fáctica o real de unos grupos y otros étnicos respecto del bien escaso para repartir (plazas de una universidad), impacta de modo distinto y peor sobre los grupos minoritarios (algo que debe acreditarse fehacientemente de manera estadística). Las discriminaciones indirectas o de *impacto* son

preferenciales a la comunidad negra sostienen que a esta se le debe garantizar la igualdad, pero nada más. Esto, afirma King, «parece razonable, pero no es realista». Porque, en efecto, «es obvio que, si un hombre se pone en la línea de salida de una carrera 200 años después que otro, el que ha llegado tarde no podrá ponerse al nivel del otro corredor» (King, 2000: 24). En términos semejantes se pronunció el presidente Lyndon B. Johnson en su histórico discurso en la Universidad de Howard el 4 de junio de 1965: «Tú no puedes liberar a un prisionero que ha estado encadenado durante años, ponerle en la línea de salida de la carrera y decirle: “Ahora eres libre para competir”, y encima pensar que eres completamente justo». Un desarrollo conceptual del concepto de discriminación sistémica puede hallarse en Mercat-Bruns (2018: 1 y ss.).

discriminaciones por indiferenciación o por igualación⁵⁵: en este caso, la discriminación no se produce por tratar de manera diferente dos situaciones de hecho distintas, sino por tratar de modo idéntico dos situaciones fácticas disímiles (como es, precisamente, la oportunidad de acceder a las mejores universidades por parte de la mayoría étnica y de las minorías). Por consiguiente, en ese contexto, la discriminación no se produciría por tener en cuenta el factor étnico en las admisiones, sino justo lo contrario: se incurriría en discriminación si no se hiciera.

Este hubiera sido un enfoque radicalmente diferente del conflicto examinado. Las políticas de admisión universitaria limitada con enfoque étnico no solo son, en principio, absolutamente compatibles con la igualdad constitucional, sino que, precisamente, lo que sería inconstitucional sería no preverlas. Se trataría de una exigencia constitucional, no de un límite constitucional. Las reglas de preferencia étnica relativas no serían algo que la Constitución permite, sino algo que la Constitución ordena.

Evidentemente, ni las magistradas discrepantes llegan a proponer una interpretación tan robusta de la igualdad étnica, pero sí la intuyen cuando Sotomayor alude a las discriminaciones sistemáticas, al «profundo legado de subyugación racial» manifestado diariamente en los campus (p. 23), cuando observa cómo operan en la práctica los mecanismos de admisión (el sistema, ya descrito, ALDC en Harvard, por ejemplo —p. 44—), beneficiando invariablemente a los blancos, de manera que, si no se valorara, aunque del modo limitado en que se hacía, el factor étnico, apenas habría presencia de minorías étnicas en los campus. Pero, en este punto, es más explícita Jackson con su ejemplo de John y James. En efecto, Jackson propone al lector imaginar la competición para entrar en la Universidad de Carolina del Norte⁵⁶ de dos buenos estudiantes, John, blanco, la séptima generación familiar en tal universidad, y James, negro, cuyos abuelos fueron esclavos y es el primero en aspirar a entrar a ella. Pues bien, según Jackson, el enfoque racial equilibraría las oportunidades de James en su competición con John para ser admitido, pero no de modo decisivo, porque finalmente podría entrar este último y, en todo caso, se trata de admisiones, es decir, de igualar en el punto de salida, pero ello no determina, en absoluto, que crucen uno o los dos la meta de llegada (una carrera académica exitosa)⁵⁷.

⁵⁵ Sobre este concepto, *vid.* Cobreros (2007: 71 y ss.).

⁵⁶ Jackson no participó en la deliberación y voto del asunto de Harvard por un conflicto de interés.

⁵⁷ Thomas contesta este ejemplo. John «no debería ser juzgado por la conducta de sus abuelos», «ni heredar sus pecados imperdonables» (p. 53): «Nuestra nación no debería castigar a los jóvenes de hoy por los pecados del pasado» (p. 45). Además, ni John representa a todos los blancos ni James a todos los negros. ¿Y si James fuera el hijo de

Se puede interpretar con las magistradas discrepantes, por consiguiente, que la discriminación racial se perpetuaría en los campus si no hubiera un sistema de admisiones *race-conscious* en un contexto de discriminaciones sistemáticas educativas en contra de las minorías étnicas. Esa discriminación indirecta sistemática sería, además, institucional⁵⁸.

1.4. ¿Dónde está la perspectiva de género?

Otro elemento sorprendente de la sentencia es la total ausencia del enfoque de género en un asunto donde cabe maliciarse, a falta de datos, la probabilidad de que juegue un papel fundamental. No se hace mención, en efecto, al porcentaje de mujeres dentro de las minorías étnicas presentes en los campus. Este es, sin embargo, un dato crucial para determinar, en primer lugar, si se produciría una discriminación de género si hubiera un porcentaje de mujeres de minorías étnicas sensiblemente inferior al de los varones, y, en segundo lugar, para concluir si concurriría una discriminación múltiple o interseccional (combinando etnia y género; Crenshaw, 1989: 139), lo que ocurriría si hubiera un porcentaje de mujeres de dichas minorías desproporcionadamente inferior al de los varones del mismo grupo étnico o si la desproporción se produjera entre el porcentaje de mujeres blancas admitidas en la universidad y el de mujeres de minorías étnicas respecto del porcentaje demográfico respectivo. Todo esto se omite en la sentencia y en las opiniones discrepantes.

un empresario multimillonario y John no tuviera recursos? Y ¿qué ocurre con Anne, la hija de inmigrantes chinos, Jacob, nieto judío de supervivientes de un campo nazi de concentración? La opinión de Jackson, a su juicio, «termina en un ciclo sin fin de victimización de grupos» (p. 55).

⁵⁸ El concepto de «discriminación institucional», que es, por propia naturaleza, una variedad de discriminación estructural o sistemática, fue acuñado inicialmente, respecto de la discriminación racial, por Knowles y Prewit (1969: 143). Una discriminación de este tipo se daría cuando «la conducta [racista] ha llegado a institucionalizarse tan sólidamente que los individuos generalmente no tienen que elegir nada para actuar de una manera racista. Las reglas y procedimientos de la organización ya han preestablecido la elección. Los individuos solo tienen que adecuarse a las normas de la organización que les discriminan». Esas organizaciones pueden ser de tipo tanto privado (empresas, por ejemplo) como público (Administraciones públicas de todo tipo), pero, en definitiva, la responsabilidad última, al menos *in vigilando*, es, a mi juicio, del Estado, por no impedir que las discriminaciones se produzcan de esa manera automática, permanente y tradicional, tanto que parecen naturales. Así pues, las discriminaciones institucionales remiten, a veces, en primer lugar, y, en todo caso, siempre en último término, al Estado.

2. LA APLICACIÓN DEL *STRICT SCRUTINY TEST* AL CASO

Incluso admitiendo, como hipótesis, que las medidas impugnadas eran una discriminación positiva y no una acción positiva ni un remedio contra una discriminación indirecta, sistemática e institucional, y aceptando que, por tanto, el control judicial tuviera que ser el más astringente, el de escrutinio estricto, también se plantean serias dudas sobre cómo el TSF aplica ese control al asunto. Sobre todo, en relación con la definición del interés público *convinciente* que pudiera justificar una medida de este tipo. Ya hemos visto cómo el TSF trae la doctrina *Bakke*, confirmada en *Grutter*, según la cual el único interés convincente válido es el de los beneficios educativos de la diversidad racial en los campus. Expresamente se niega como interés válido el remedio contra discriminaciones históricas arraigadas, que fue la tesis de los cuatro magistrados discrepantes en *Bakke*. Las magistradas discrepantes en 2023, sin decirlo expresamente, argumentan fundamentalmente sobre la validez de este último interés mencionado, coincidiendo con los críticos de *Bakke*. La sentencia y la opinión concurrente de Thomas desacreditan esta idea basándose sobre todo en la tesis de la pendiente resbaladiza: se abriría la puerta a reivindicaciones sin fin de todo tipo de minorías sociales (p. 35).

A mi juicio, remediar las discriminaciones sociales hondamente arraigadas (evidentemente, solo las que puedan acreditarse como tal) no solo es un criterio constitucional válido para trazar diferencias de trato jurídico en atención al grupo étnico, sino que, incluso más allá, es el fundamento mismo de todo el derecho antidiscriminatorio constitucional. ¿Qué otro sentido tiene, si no, la prohibición constitucional de discriminar a ciertos grupos? La sentencia gravita sobre una lógica paroxícticamente individualista (no hay una sociedad de grupos étnicos, sino de individuos con múltiples identidades, entre ellas la étnica, que no les convierte en copia mimética de cualquier otro individuo que tenga su mismo color de piel) que no comparto, porque, sin negar que las discriminaciones son personales, lo son, justamente, porque sus víctimas pertenecen a determinados grupos sociales en desventaja sobre los que recaen los prejuicios sociales peores y más lesivos de la dignidad humana. Dicho de otra forma, toda discriminación en sentido estricto lo es, al mismo tiempo, de modo individual y grupal. Si esto es así, toda medida dirigida a garantizar la igualdad étnica de trato (por ejemplo, impidiendo una discriminación indirecta) o la igualdad de oportunidades (con medidas que favorecen a los grupos étnicos en desventaja respecto del ingreso en las mejores universidades) es, a mi juicio, perfectamente constitucional. Como lo es, incluso, una medida de discriminación positiva si se trata de una regla de preferencia étnica relativa y no absoluta.

Esta es la primera trampa argumental, en mi opinión, de la sentencia en este punto, pero añade otra, aún peor, que, de alguna manera, cierra el círculo formal de su argumentación: hay un interés público que podría ser convincente para superar el escrutinio judicial estricto, el beneficio educativo de la diversidad, pero no se demuestra, y, por tanto, las medidas impugnadas se deben declarar nulas. Sotomayor demuestra cómo el control del interés público convincente del TSF en este caso no es que sea estricto, es que, además de incongruente con sus precedentes en este y otros asuntos, es simplemente imposible. Para la sentencia, la diversidad es individual, no grupal; para las magistradas discrepantes, cuya opinión también comparto en este punto, no puede haber diversidad e inclusión de verdad si no se incorpora a los grupos étnicos tradicionalmente marginados. Sotomayor advierte de «las consecuencias peligrosas de una América cuyo liderazgo no refleje la diversidad de la gente» (p. 67) y rotundamente sostiene que «una verdadera igualdad de oportunidades educativas en escuelas racialmente diversas es un componente esencial de la fábrica democrática de nuestra sociedad [...], la diversidad es ahora un valor americano fundamental» (pp. 68 y ss.). Y Jackson observa que un campus racialmente diverso beneficia a todos y no solo a los miembros de minorías: todos comprenderían mejor las virtudes cívicas, los valores democráticos y el compromiso con la igualdad⁵⁹ (p. 23). El presidente de Harvard, Lawrence S. Bacow (2023), en el comunicado de prensa que hace acuse de recibo de la sentencia, reitera el valor de la diversidad como esencial de Harvard y anuncia que estudiarán cómo preservarlo tras la decisión del TSF. Concluye su discurso así: «Nada (ni la sentencia) hoy ha cambiado eso».

IV. CONCLUSIÓN: LA SENTENCIA ES UN ATAQUE MÁS IDEOLÓGICO QUE JURÍDICO AL VALOR DE LA DIVERSIDAD EDUCATIVA EN LOS CAMPUS UNIVERSITARIOS Y, EN DEFINITIVA, A UNA SOCIEDAD ÉTNICAMENTE MÁS EQUILIBRADA

La *justice* Sotomayor cita literalmente al Dr. Martin Luther King en dos ocasiones. En una de ellas (p. 46), referida al famoso discurso *I have a dream*, de 28 de agosto de 1963, recuerda el sueño de una nación «en la que los hijos de los antiguos esclavos y los hijos de los antiguos esclavistas sean capaces de sentarse juntos en una mesa de fraternidad». La sentencia examinada no

⁵⁹ Jackson invoca, sin saberlo, el contenido del ideario educativo constitucional español del art. 27.2 CE, que ella juzga también necesario en Estados Unidos.

parece formar parte de ese sueño, sino que, más bien, parece dar un buen esparadazo a la pesadilla racista.

Curiosamente, para un lector español, poco acostumbrado a una visión negativa del *Quijote*, Jackson culmina su opinión discrepante con la metáfora de un TSF que se ve a sí mismo como un «don Quijote» de «la vanguardia del derecho», cuando, en realidad, su perspectiva es la contraria, «perversa, anti-histórica, contraproducente, perjudicial», «una tragedia para todos», que «relega el lugar de los negros al búnker y no a la sala de juntas» (p. 29).

El TSF dice seguir sus precedentes, examina, pues, si Harvard y Carolina del Norte logran demostrar que los beneficios educativos de la diversidad racial en sus campus justifican sus sistemas de admisión en los que el factor étnico opera como plus o un *tip* más, y concluye que no. Hubiera sido más honesto, a mi juicio, revocar expresamente sus precedentes sin tener que recurrir una y otra vez a citas descontextualizadas de su propia jurisprudencia. Con la sentencia en la mano, será imposible demostrar jamás en este ámbito un interés público convincente y, a pesar de los esfuerzos de la Administración Biden para que las universidades americanas sigan persiguiendo la diversidad, también étnica, en los campus (Hartocollis, 2023b: 1), sus consecuencias sobre el ideal de una sociedad étnicamente equilibrada serán funestas⁶⁰. He intentado mostrar la debilidad argumental de la concepción que la mayoría del TSF tiene de la igualdad constitucional, la pobreza conceptual de la calificación jurídica

⁶⁰ Katherine Meyer (2023: 1 y ss.) se pregunta sobre las alternativas a la prohibición de la admisión con enfoque étnico, como, por ejemplo, introducir una *affirmative action* universitaria de tipo socioeconómico (puesto que las familias de minorías étnicas tienen una renta inferior a la de la mayoría), impulsar planes estatales de apoyo a los estudiantes de minorías étnicas más brillantes o eliminar las prácticas de admisión que claramente benefician a los blancos, como es el *legacy* familiar (la ventaja derivada de que haya estudiado antes en esa misma universidad algún familiar, un requisito sometido a intenso debate ahora mismo en Estados Unidos), pero concluye que ninguna de estas alternativas permitiría alcanzar el nivel de inclusión étnica de la admisión étnica ahora anulada. Otra posible vía es conceder mayor valor en la admisión al ensayo personal que suelen tener que hacer los solicitantes, una redacción en la que podrían escribir sobre cómo pertenecer a un grupo étnico minoritario afecta a su proyecto personal y profesional (Hartocollis, 2023a: 1). El comunicado del presidente de Harvard (2023), Lawrence S. Bacow, expresamente así lo señala: «El TSF falló que las universidades pueden considerar en sus sistemas de admisión la declaración del solicitante sobre cómo la raza ha afectado a su vida, ya sea a través de la discriminación, la inspiración o de otra manera. Sin duda, cumpliremos la decisión del Tribunal». Esta declaración recuerda la famosa fórmula del derecho viejo castellano del «obedézcase, pero no se cumpla».

de la medida impugnada y la aplicación más ideológica que técnica de la doctrina general de la igualdad al caso.

El TSF y las opiniones concurrentes han intentado reforzar su tesis *color-blind* de la igualdad con otros argumentos ancilares, que son, sin embargo, escasamente convincentes: el de que, en realidad, la brecha social fundamental es la que marca el patrimonio y no la etnia⁶¹, lo cual es verdad, pero las divisiones sociales por la mayor riqueza o pobreza no erosionan o sustituyen la división social racial; el de que las medidas impugnadas benefician a unos grupos étnicos (negros e hispanos) frente a otros (asiáticos), lo que apunta en la dirección de mejorar, pero no de suprimir, el sistema de admisiones con factor étnico, o el de que, si se permite este trato favorable a las minorías étnicas en el ingreso a los campus, no habría límite lógico alguno para dispensar ayudas que beneficien a las minorías en este o cualquier otro ámbito social, algo que, evidentemente, no es cierto porque solo serían válidos los tratos favorables a los grupos y en los ámbitos sociales donde se acredite, incluso estadísticamente, una honda y arraigada discriminación.

A lo largo del comentario he ido comparando el enfoque de la sentencia con el habitual en Europa o en nuestro país. Para terminar, no me resisto a hacerlo de nuevo. Es posible que a algunos lectores españoles de la sentencia les repugne su concepción de la igualdad (habrá otros a quienes les guste, por supuesto). Todos haríamos bien en recordar, pero sobre todo aquellos a los que, como a mí, nos parezca una mala sentencia y que contar con sistemas de admisión con mirada étnica parece más justo que lo contrario, que España no cuenta con una medida semejante en ninguna universidad pública o privada, aunque sí existen minorías étnicas tradicionalmente desventajadas, como la gitana, y otras minorías étnicas de presencia más reciente, como las comunidades de inmigrantes. ¿Qué pasaría en nuestro país si se introdujera alguna medida de preferencia étnica limitada como las norteamericanas en el acceso a la universidad, sobre todo en relación con los grados más competidos, como, por ejemplo, los de la salud? ¿Seguirían esos mismos juristas españoles críticos con la sentencia pensando que el TSF norteamericano estaba tan equivocado?

Por último, una verdad particularmente incómoda. La doctrina de la igualdad *race blind* me parece ideológicamente de un refinado cinismo plutocrático y racista y es posible que muchos otros compartan esa opinión. Pero

⁶¹ Así, Thomas, contestando al ejemplo de John y James de Jackson (p. 53), o Gorsuch cuando observa que hay veintitrés veces más jóvenes de familias ricas que pobres en Harvard (p. 14), y que, por eso, quizá fuera más útil para conseguir la igualdad étnica suprimir los *tips* de entrada para los hijos de exestudiantes, o los donantes de la universidad, algo que beneficia más a blancos y ricos (p. 14).

¿qué otra cosa ocurre en nuestro país con el enfoque que habitualmente se reserva al manejo de los centros escolares con una presencia desproporcionada de gitanos y alumnos de origen extranjero, donde, con datos fehacientes⁶², sabemos que el currículo escolar es más débil, que los escolares aprenden menos que el estudiantado que acude a otros centros, que apenas saltan a la educación secundaria, aunque sea obligatoria, que no titulan, que hay un número desproporcionadamente menor de niñas que de niños en ellos, y que apenas conectan con la formación profesional y mucho menos con la universidad? El sistema escolar español no traza distinción alguna de régimen (de centros, de admisión, de profesorado, de resultados, etc.) en función de la etnia: trata a todo el alumnado de modo idéntico. Hay aquí un enfoque *colorblind* de manual, que haría, sin duda, las delicias de Roberts o de Thomas, lo que supone, inevitablemente, por la diferente situación de las minorías étnicas respecto al acceso a una educación inclusiva de calidad, una discriminación indirecta, institucional, sistemática y de género que parece que ninguna autoridad esté dispuesta a impedir (Rey, 2020: 78 y ss.). La consideración (inteligente) del factor étnico en aquellos espacios sociales, como es la educación, donde se producen graves brechas discriminatorias hacia las minorías étnicas no es un juego de suma cero donde alguien gane y otro pierda, sino un juego positivo donde toda la sociedad sale ganando.

Bibliografía

- Agencia Europea de Derechos Fundamentales (2018). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo.
- Bacow, L. S. (2023). *Comunicado del presidente de Harvard (y otras autoridades académicas)*, 29-6-2023. Disponible en: <https://tinyurl.com/38b2ayyc>.
- Cobrerros, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 71-114.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1, 139-167.
- Delgado, D. (2017). Obergefell contra Hodges: La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista de Derecho Político, UNED*, 325-356. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19314>.
- Fiss, O. (1976). Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophical and Public Affairs*, 5 (107), 102-177.

⁶² Fundación Secretariado Gitano (2023: 1 y ss.). También es interesante en este punto el informe del Síndic de Greuges de Cataluña (2016: 1 y ss.)

- Fundación Secretariado Gitano (2023). *El alumnado gitano en secundaria. Un estudio comparado*. Madrid.
- Hartocollis, A. (2023a). With Supreme Court Decision, colleges admissions could become more subjective. *The New York Times*, 29-6-2023.
- (2023b). Administration urges colleges to pursue diversity despite affirmative action ban. *The New York Times*, 14-8-2023.
- Hernández Llinás, L. (2023). *El principio de igualdad en el constitucionalismo estadounidense: la prohibición de discriminación y las acciones positivas* [tesis doctoral]. Universidad de Salamanca.
- Johnson, L. B. (1965). Discurso en la Universidad de Howard (4-6-1964). Disponible en: <https://tinyurl.com/386p5asj>.
- King, M. L. (2000). *Why we can't wait?* London: Penguin y Putnam.
- Knowles, L. L. y Prewit, K (1969). *Institutional Racism in America*. New Jersey: Prentice Hall.
- Liptak, A. (2023). *The New York Times*, 29-6-2023.
- Mercat-Bruns, M. (2018). Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality. *European Equality Law Review*, 2, 1-18.
- Meyer, K. (2023). The end of race-conscious admissions. *Brookings*, 1-7.
- Rey, F. (2020). *La segregación escolar*. Madrid: Marcial Pons.
- (2023). La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos. Un ejemplo: la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *IgualdadES* (en prensa).
- (2023). *Derecho Antidiscriminatorio*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Síndic de Greuges de Cataluña (2016). *La segregación escolar en Cataluña: la gestión del proceso de admisión del alumnado*.
- Tribe, L. H. (2022). Entrevista. *The Washington Post*, 16-8-2022.
- Tussman, J. y TenBroek, J. (1949). The equal protection of the laws. *California Law Review*, 3, 341-381. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3477801>.