

LAS ACCIONES AFIRMATIVAS
EN EL SISTEMA DE ADMISIÓN UNIVERSITARIO:
EL FALLO DICTADO POR LA CORTE SUPREMA
DE ESTADOS UNIDOS
EN LA CAUSA STUDENTS FOR FAIR
ADMISSION INC. V. PRESIDENT
AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE

AFFIRMATIVE ACTIONS
IN COLLEGE ADMISSIONS:
U.S. SUPREME COURT DECISION
IN STUDENTS FOR FAIR ADMISSION INC.
V. PRESIDENT AND FELLOWS
OF HARVARD COLLEGE

*Andrea Íñiguez**

Resumen

En 2023 la Corte Suprema de Estados Unidos dictó fallo en la causa *Students for Fair Admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College* y dejó sin efecto las sentencias *Regents of the University of California v. Bakke*, *Grutter v. Bollinger* y *Fisher v. University of Texas*, que habían declarado constitucional las políticas de acciones afirmativas en los procesos de selección de alumnos en atención a su pertenencia a determinadas razas. El presente artículo tiene como objetivo estudiar los aspectos más relevantes del fallo judicial y llevar a cabo un análisis crítico sobre las proyecciones que pueda tener en el futuro, sobre todo en lo que se refiere a cómo se entiende el derecho a la igualdad ante la ley.

Palabras clave: acciones afirmativas, igualdad ante la ley, escrutinio estricto, interés imperioso, discriminación histórica.

* Andrea Íñiguez. Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: rosarioini@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9837-8447>.

Artículo recibido el 5 de diciembre de 2024 y aceptado para publicación el 28 de marzo de 2025.

Abstract

In 2023, the Supreme Court of the United States issued the ruling in the case of *Students for Fair Admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, which annulled the *Regents of the University of California v. Bakke*, *Grutter v. Grollinger* and *Fisher v. University of Texas* rulings, which had declared that affirmative action policies in the student selection processes based on their belonging to certain races were not against the Constitution. The objective of this article is to analyze the most relevant aspects of the judicial ruling and carry out a critical analysis of the projections it may have in the future, especially with regard to how we understand the right to equality before the law.

Keywords: affirmative actions, equality before de law, strict scrutiny, compelling interest, historic discrimination.

Introducción

En las décadas 1950 y 1960, Estados Unidos fue testigo de un cambio copernicano en lo que se refiere a la integración racial. Ello permitió que se fuera dejando atrás la doctrina de separados, pero iguales que había quedado asentada en el fallo *Plessy v. Ferguson*¹. Para lograr este cometido, tuvieron un papel clave las sentencias *Brown v. Board of Education*² y *Loving v. Virginia*³. En el primer caso se declaró inconstitucional la segregación en los establecimientos educacionales y, en el segundo, las normas estatales que prohibían los matrimonios de personas de distintas razas.

Estos fallos fueron acompañados por políticas que tenían como objetivo ayudar al desarrollo de las personas de raza afroamericana, ya que a consecuencia de la discriminación histórica que habían sufrido, se encontraban en una situación social y política desmejorada si se les comparaba con las personas de raza blanca. Con este objetivo, la Universidad de California, sede de Davies, estableció desde 1970, un programa especial de admisión para grupos desventajados.

En 1972, un hombre blanco de nombre Allan Bakke postuló a la Facultad de Medicina de la Universidad de Davies y fue rechazado, a pesar de que fueron aceptados alumnos con menores puntajes que él, pues ellos estaban amparados por un programa especial diseñado para minorías raciales.

¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1896), caso 163 US 537.

² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1954), caso 347 US 483.

³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1967), caso 388 US 1.

Ante esta situación, presentó acciones judiciales por estimar que la decisión de la universidad infringía la XIV Enmienda, que protege la cláusula de igualdad ante la ley. La demanda de Allan Bakke terminó en la Corte Suprema y fue rechazada. La Corte señaló que las discriminaciones no están autorizadas en la Constitución y las diferencias que se fundamenten en la raza tienen que pasar por un test de “estricto escrutinio judicial”⁴. Por lo tanto, en el caso Allan Bakke había que preguntarse si las políticas de selección de la Universidad de Davies cumplían con los requisitos de dicha prueba. A este respecto, la Corte determinó que ellas eran constitucionales, ya que tenían como objetivo “superar la subrepresentación crónica de las minorías en la profesión médica”⁵.

En el fallo *Grutter v. Bollinger*, dictado en 2003, la Corte Suprema ratificó la doctrina Bakke. La demandante, Bárbara Grutter, había sido rechazada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan por criterios similares a los se le aplicaron a Allan Bakke. Con respecto a las categorías sospechosas, la Corte señaló que las “clasificaciones son constitucionales en la medida en que estuvieran estrictamente adaptados a intereses gubernamentales”⁶, y que “la Escuela de Derecho tiene un interés convincente en tener un cuerpo de estudiantes diverso”⁷. De este modo:

“la Facultad de Derecho ha determinado, basada en su experiencia y pericia, que ‘la masa crítica’ de minorías sub representadas es necesaria para lograr su interés imperioso de asegurar los beneficios educativos de un cuerpo estudiantil diverso”⁸.

En 2016, Jennifer Fisher presentó una demanda en contra de la Universidad de Texas, ya que el uso de criterios raciales de selección de la Facultad de Derecho de esa Universidad había perjudicado su postulación a dicha Casa de Estudios. La Corte nuevamente rechazó el reclamo y determinó que “la diversidad en su cuerpo estudiantil [...] es central para su identidad y su misión institucional”⁹.

La resolución de la Corte Suprema en el caso Bakke tuvo impacto muy similar al que provocó *Roe v. Wade*, pues no dejó conforme a sectores políticos y sociales que no miran con buenos ojos las acciones afirmativas, no solo en los procesos de selección universitaria, sino en otros aspectos de la vida social, económica y política. En consecuencia, no debe extrañar que se in-

⁴ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1978), caso 438 US 265, p. 267.

⁵ *Ibid.*

⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 365, p. 326.

⁷ *Op. cit.*, p. 328.

⁸ *Op. cit.*, p. 333.

⁹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2016), caso 579 US 364, p. 19.

tentara dejarlo sin efecto en diversas ocasiones como fue en Grutter y Fisher. En ambos casos, las demandas fueron rechazadas.

En 2023, la asociación Students for Fair Admission Inc. demandó a las universidades de Harvard y Carolina del Norte, impugnando las políticas de acciones afirmativas de dichas casas de estudios, establecidas en razón a la pertenencia de los postulantes a una raza determinada. Esta vez la Corte Suprema acogió las demandas de los estudiantes y las políticas en cuestión fueron declaradas inconstitucionales. La Corte determinó que los fines que intentaban perseguir dichas universidades con políticas de acciones afirmativas, por muy loables que ellas fueren, “no son suficientemente coherentes con el objetivo del escrutinio estricto”¹⁰. Con respecto al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado en la XIV Enmienda, la Corte sostuvo que ella exige “que la raza nunca puede ser usada como un ‘negativo’ y que no puede operar como estereotipo”¹¹. La Corte también hizo referencia al factor temporal, pues se suponía que las políticas de acciones afirmativas serían transitorias y que se utilizarían solo como mecanismo para lograr la integración racial en los campus universitarios. El problema es que dichas políticas no habían cesado y en el caso de las universidades demandadas, no había indicios de que tuvieran establecidos plazos para dar por terminadas las acciones afirmativas como criterio de selección para ingresar a la universidad. De esta forma, la Corte concluyó:

“los programas de las Universidades deben someterse a los de escrutinio estricto, no pueden nunca usar la raza como estereotipo o negativas y que –en cierto punto– deben terminar”¹²

y, en consecuencia, los programas de acciones afirmativas “deben ser invalidados bajo la Cláusula de Igualdad de Protección de la Catorceava Enmienda”¹³.

De la lectura de los fallos Bakke, Grutter, Fisher y Students for Fair Admission se puede concluir que tienen en común que en todos ellos se alega la infracción al principio de igualdad ante la ley en el trato que le deben otorgar las universidades a los estudiantes que postulan a dichas casas de estudio. Por ende, se hace necesario analizar el sentido y alcance de esta garantía, que es piedra angular de la doctrina de los derechos humanos. Además, es menester reflexionar sobre las proyecciones futuras que estas sentencias podrían tener en el sistema jurídico, no solo en Estados Unidos, sino en otros países del mundo.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 23.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.*, p. 22.

¹³ *Ibid.*

I. Elementos doctrinarios de los fallos Bakke, Grutter, Fisher y Students for Fair Admission

A) LA XIV ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS, EL CONCEPTO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA DISCRIMINACIÓN

Uno de los dilemas más relevantes de los fallos que se comentan en este artículo es determinar cuál es el sentido y alcance que se le debe dar a la XIV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y al derecho a la igualdad ante la ley. El segundo es dilucidar cómo se configura la discriminación, es decir, cuándo y en qué casos se entiende que se ha infringido dicha garantía.

1. La XIV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos

La XIV Enmienda establece en su parte final que en Estados Unidos no se le puede “negar a ninguna persona [...] la igual protección de las leyes”. Es decir, el Estado ampara el derecho a la igualdad ante la ley. Esta disposición fue dictada una vez terminada la Guerra Civil Estadounidense y tenía como objetivo proteger a los esclavos que habían sido recientemente liberados. Sin embargo, con el paso del tiempo, esta norma jurídica también ha sido utilizada para evitar cualquier tipo de discriminación por nacionalidad u origen racial¹⁴.

El problema es darle contenido a esta disposición, ya que se trata de una oración amplia y ambigua¹⁵ y, en consecuencia, la doctrina jurídica difiere al momento de determinar el sentido y alcance de la garantía de la igualdad ante la ley. En opinión de algunos, ella debe ser entendida en un sentido formal, es decir, como una igualdad de oportunidades. Esta Enmienda reforzaría la idea de que bajo el amparo de la Constitución de Estados Unidos no está permitido “crear ciudadanos de segunda categoría o ‘casta’”¹⁶. En la misma línea, el juez Merrick Garland, en su voto disidente en *Plessy v. Ferguson* sostuvo: “nuestra constitución es ciega en relación al color y no conoce ni tolera las clases [...] todos los ciudadanos son iguales ante la ley”¹⁷. David Davenport opina:

“hombres y mujeres han sido creados iguales ante la ley y, por lo tanto, tienen iguales derechos [...] desde ese punto de partida, las personas son libres para hacer sus propias opciones, como dice la Declaración de Independencia, para alcanzar la felicidad”¹⁸.

¹⁴ Richard POSNER, “The Bakke Case and the Future of ‘Affirmative Actions’”, p. 173.

¹⁵ Darren HUTCHINSON, “‘Unexplicable on Grounds other than Race’: The Inversion of Privilege and Subordination in Equal Protection Jurisprudence”, p. 616.

¹⁶ Cass R. SUNSTEIN, “Affirmative Action, Caste and Cultural Comparisons” p. 1311.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1896), caso 163 US 537, p. 559.

¹⁸ David DAVENPORT, “Whatever Happened to Equality of Opportunity”.

Por el contrario, hay autores que entienden la XIV Enmienda desde la perspectiva de la igualdad de resultados, por lo tanto, la garantía de igualdad exige a la autoridad llevar a cabo acciones para lograr ciertos objetivos específicos. En consecuencia, se deben realizar “acciones positivas del gobierno de proveer el igual tratamiento de grupos minoritarios”¹⁹. Habib Olapade estima que la XIV Enmienda está diseñada para proteger a un grupo, no a una persona, por tal razón, si se quiere declarar la inconstitucionalidad de una “política remedial basada en la raza debe ser enfocada en un nivel grupal en vez de uno individual”²⁰. En un sentido similar, Leslie Garfield sostiene que la norma constitucional “no está diseñada para promover la tolerancia está diseñada para promover la justicia”²¹.

2. Criterios para determinar si se ha producido o no una discriminación arbitraria

Todas las personas son creadas libres e iguales en dignidad y derechos. Pero todos tienen diferencias, por consiguiente, la cuestión es determinar cuáles serían aquellos criterios válidos, es decir, no discriminatorios, que permitan determinar cuándo una diferencia estaría permitida (y, por ello, sería constitucional) y cuándo, no. En este sentido, existen diversos criterios para solucionar esta cuestión. El primero es la razonabilidad, es decir, la ley o una política que hace diferencias no será discriminatoria en la medida en que esté fundada, que sea racional, que tenga un cierto grado de lógica²². El segundo criterio lo plantea Aristóteles cuando señala en la *Ética a Nicómaco* que hay una falta a la igualdad en caso “que cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales”²³ y, en consecuencia, las leyes no pueden establecer

“diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales”²⁴.

A este criterio también se le podría denominar “método fundado en las circunstancias”²⁵. El tercero se refiere al desarrollo de acciones positivas (afir-

¹⁹ Joseph TUSSMAN & Jacobus TENBROEK, “The Equal Protection of the Law”, p. 381.

²⁰ Habib OLAPADE, “Affirmative Inattention: a Closer Examination of Justice Powell’s Strict Scrutiny. Analysis in Bakke”, p. 40.

²¹ Leslie GARFIELD, “Back to Bakker: Defining the Strict Scrutiny Test for Affirmative Action Policies Aimed at Achieving Diversity in the Classroom”, pp. 674-675.

²² Andrea Rosario ÍÑIGUEZ MANSO, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 505.

²³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 210.

²⁴ Miguel CARBONELL, “Equality Rights in Contemporary Constitutionalism”, p. 66.

²⁵ ÍÑIGUEZ, *op. cit.*, p. 506.

mativas) para favorecer a grupos que han sido históricamente discriminados y que se constituyen en categorías sospechosas, que son aquellas

“características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado como indicios de discriminación arbitraria”²⁶.

Todos estos criterios han sido objeto de críticas. Los dos primeros se refieren a conceptos clásicos que se anclan en Aristóteles y el liberalismo. Se les reprocha el hecho de utilizar un sistema de igualdad matemática, conmutativa, que no tendría en cuenta elementos históricos o sociológicos para determinar si es que ha existido una discriminación. En este mismo sentido, el concepto de Constitución ciega de color²⁷ (que podría ser considerada como un concepto tradicional de igualdad) ha sido criticado porque se ha estimado que ello no es efectivo, es un término poco conveniente para enfrentar la realidad económica, social y racial de Estados Unidos²⁸ y, en definitiva, sería un mecanismo para “mantener un estatus quo basado en la explotación de las minorías”²⁹.

El elemento de discriminación histórica, como mecanismo para determinar si hay o no discriminación, también ha sido criticado porque rompería con el concepto de justicia en cuanto a que es aquella virtud de dar a cada uno lo suyo con voluntad perpetua y constante. En consecuencia, sus críticos se preguntan por qué una persona blanca tendría que hacerse responsable de las discriminaciones que en el pasado hayan cometido en Estados Unidos personas de su misma raza. La respuesta a esta cuestión sería que, si bien es verdad que no se puede obligar a los blancos del siglo xx a pagar las culpas por los actos de discriminaciones que su raza llevó a cabo en el pasado, lo cierto es que se han beneficiado de dichas discriminaciones y, de esta manera, las ventajas de las cuales gozan hoy no fueron “obtenidas de forma justa”³⁰. La exigencia de investigar discriminaciones pretéritas causa problemas, ya que podrían agotar a las Cortes y “consumir sus escasos recursos y producir resultados insatisfactorios”³¹. Por lo demás, el criterio de la discriminación histórica presentaría el siguiente dilema: “¿cómo determinamos

²⁶ José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”, p. 190.

²⁷ Expresión utilizada por el juez Merrick Garland en *Plessy v. Ferguson*.

²⁸ Neil GOTANDA, “A Critique of ‘Our Constitution is Color Blind’”, p. 68.

²⁹ Cedric POWELL, “Blinded by Color: The New Equal Protection, the Second Deconstruction, and Affirmative Inaction”, p. 271.

³⁰ OLAPADE, *op. cit.*, p. 40.

³¹ Owen FISS, “Groups and Equal Protection Clause”, p. 145.

cuando un grupo realmente ha experimentado discriminación?”³². A la postre, se debe tener presente que las categorías sospechosas, como método para superar la discriminación, presentan problemas porque el juez, en un caso concreto, podría tener enfrentados en estrados a personas que pertenecen a distintos grupos que han sufrido discriminación histórica y eso generaría problemas “en materia de prueba”³³.

II. Las acciones afirmativas.

Concepto y elementos: el escrutinio estricto, el interés imperioso, la libertad de expresión y la transitoriedad

A) CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA

Los fallos comentados en el presente artículo tienen como eje central las acciones afirmativas, por lo tanto, es necesario detenerse en este punto y analizar el sentido y alcance de dicha medida. Según James Sterbie es aquella

“política de favorecer a mujeres calificadas y candidatos de minorías sobre hombres o candidatos no minoritarios, con objetivos inmediatos de remediar la discriminación o lograr la diversidad y su objetivo final es tener una sociedad que sea ciega en el color racial (racionalmente justa) y libre de género (género libre)”³⁴.

En el tema específico de la enseñanza, ellas pretenden corregir las discriminaciones históricas en los centros que se dedican a la educación y lograr la igualdad racial que se le ha denegado por cientos de años a la población afroamericana de Estados Unidos³⁵. Para que procedan las acciones afirmativas, la discriminación debe haber sido “sistemática y persistente por largos períodos de tiempo”³⁶. Estas acciones reparativas constituirían un acto de justicia³⁷ y serían una estrategia que se ha adoptado de forma voluntaria por los establecimientos educacionales para remediar la discriminación³⁸.

³² David STRAUSS, “Fisher v University of Texas and the Conservative Case for Affirmative Action”, p. 150.

³³ DÍAZ DE VALDÉS, *op. cit.*, p. 195.

³⁴ James STERBIE, “Defending Affirmative Action, Defending Preference”, p. 200.

³⁵ Michael ONDAATIEGH, *Black Conservative Intellectual in Modern America*, p. 55.

³⁶ Rodolfo FIGUEROA, “Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 403.

³⁷ Russell GALLOWAY Jr. & Henry HEWITT, “The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases”, p. 403.

³⁸ Christine BACK, “‘Affirmative Action’ and Equal Protection in Higher Education”, p. 21.

Según Roberto Saba, ellas se justifican en la medida que cumplan con tres requisitos que se puedan identificar a un

“grupo como entidad individualizable [...] que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo [...] que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice”³⁹.

Además, tendrían como objetivo lograr que se superen las discriminaciones fundadas en la subordinación por raza, contexto en el cual existen divisiones racionales por jerarquías, ya que habría razas

“superiores y subordinados [...] más alto y más bajo [...] reglas de deferencia son puestas en su lugar, fijadas por la ley y por la costumbre [...] se busca así que en estos regímenes se proporcione claridad y certeza ‘a cada uno según su raza’, ordenados jerárquicamente y estrictamente aplicados”⁴⁰.

B) ELEMENTOS DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Las expresiones que se asoman una y otra vez en los fallos Bakke, Grutter y Fisher son la del escrutinio estricto y el interés imperioso del Estado en que se dejen atrás las discriminaciones en las universidades. Las acciones afirmativas en los procesos de selección universitaria estarían justificadas porque cumplen con “un interés imperioso”⁴¹. Dicho interés no solo se manifestaría en el objetivo de generar una mayor diversidad racial en el campus, sino que, también, como señala el fallo Grutter, tendrían el propósito de que tener una “masa crítica”⁴² en la universidad, es decir, el interés imperioso estaría fundando en la Primera Enmienda, que regula la libertad de expresión y que valora una “verdadera diversidad en las discusiones en la sala de clase”⁴³.

Como resultado, se exige profundizar los conceptos que se encuentran implícitos en el de acción afirmativa: el escrutinio estricto e interés imperioso.

1. Escrutinio estricto

¿Qué es el escrutinio estricto? Es difícil definirlo, pero reúne criterios en los cuales se deben fundar las diferencias que lleva cabo la ley o una política pú-

³⁹ Roberto SABA, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, p. 118.

⁴⁰ William VAN ALSTYNE, “Affirmative Actions”, p. 1556.

⁴¹ STRAUSS, “Fisher...”, *op. cit.*, p. 2.

⁴² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 306, p. 333.

⁴³ Even GERSTMANN & Christopher SHORTELL, “The Many Faces of Strict Scrutinity: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases”, p. 210.

blica y que hacen distinciones en atención a la raza o el sexo. Si no cumplen con ciertos estándares podrían ser declaradas inconstitucionales por infringir la Cláusula de Igual Protección. Ello, porque las diferencias que lleva a cabo la ley o la autoridad no pueden ser autorizadas a menos que sean justificadas. Es decir, deben someterse a escrutinio, a una evaluación para determinar si son constitucionales o no. Como señala el fallo Grutter, “las clasificaciones son constitucionales sólo si son ajustadas estrictamente a los imperiosos intereses del gobierno”⁴⁴.

Las categorías sospechosas son criterios interpretativos que han sido creados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y que fue utilizado por primera vez en los casos *United States v. Carolene Products*⁴⁵ (aunque fue solo en un pie de página) y en *Korematsu*⁴⁶. Posteriormente, serán usadas en la década de los años cincuenta y sesenta en la lucha por los derechos civiles, como son los casos emblemáticos *Brown v. Board of Education* y *Loving v. Virginia*.

El concepto de categoría sospechosa ha sido difícil de justificar, toda vez que no tiene sustento en el texto expreso de la Constitución e, incluso, ha sido calificada de “estándar doctrinario abstracto”⁴⁷. Sin embargo, se podría considerar como una táctica útil que pretende evitar que los jueces resuelvan conforme a sus “personales filosofías morales en las adjudicaciones constitucionales”⁴⁸.

El escrutinio estricto es un criterio que permite romper la doctrina de la presunción de constitucionalidad de los actos del gobierno y, por lo tanto, un acto de diferenciación racial se presume inconstitucional a menos que se pruebe que dicha diferencia es necesaria para lograr “un interés estatal imperioso y estaba estrictamente diseñado para satisfacer el interés”⁴⁹. En el caso de las acciones afirmativas en las universidades, estas imponen en los directivos la carga de probar que ellas no son discriminatorias. Esta situación ha tenido como consecuencia que estas políticas sean constantemente impugnadas en los tribunales⁵⁰.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 306, p. 329.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1938), caso 304 US 144.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1944), caso 323 US 214.

⁴⁷ Ashutosh BHAGWAT, “Affirmative Action and Compelling Interest: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads”, p. 280.

⁴⁸ Aaron BAKER, “Proportional, not Strict Scrutiny: Against a US ‘Suspect Classification’ Model under Article 14 in the UK”, p. 872.

⁴⁹ Greg ROBINSON & Toni ROBINSON “Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutiny”, p. 29.

⁵⁰ Rachel MORAN, “Bakke’s Lasting Legacy: Redefining the Landscape of Equality and Liberty in Civil Rights Law”, p. 81.

El escrutinio, al cual se debe sujetar las leyes, decreto y políticas públicas que lleven a cabo diferencias, ha sido clasificado en tres grupos. En primer lugar, el escrutinio más básico, que es aquel en el cual se exige “una relación razonable entre la ley y el objetivo legítimo del estado”⁵¹. En segundo lugar, el escrutinio intermedio requiere una “relación sustancial a un propósito gubernamental importante”⁵². Y, el último el escrutinio estricto que está “estrechamente diseñado para satisfacer un interés gubernamental apremiante”⁵³. John Hart Ely estima que no son sospechosas y, de ello, resulta que no son inconstitucionales aquellas discriminaciones que han sido establecidas por una raza en favor de otra. Lo anterior sucede cuando los blancos permiten discriminaciones que no los favorecen a ellos, sino a personas afroamericanas⁵⁴.

En *Bakke*, la Corte Suprema determinó que “las clasificaciones raciales y étnicas de cualquier tipo son esencialmente sospechosas y llaman a un escrutinio estricto”⁵⁵. La idea de que las diferencias fundadas en la raza deben pasar el test del escrutinio estricto será confirmada con posterioridad por la Corte en los casos *Grutter* y *Fisher*. En *Students for Fair Admission*, la Corte cambió su jurisprudencia y señaló que los programas de especiales impugnados “no eran suficientemente coherentes para el propósito del escrutinio estricto”⁵⁶. Es decir, que no habían superado la prueba, ya que “no es claro en cómo se supone que las cortes deben medir estos propósitos”⁵⁷, además, las universidades no habrían cumplido con el deber que tienen de probar que los programas están cumpliendo con el fin de lograr un “‘robusto’ intercambio de ideas”⁵⁸.

2. El interés imperioso del Estado

En el caso *Bakke*, la Corte Suprema sostuvo que el Estado tenía un interés imperioso en que hubiera diversidad racial en las universidades y, así, bajo el amparo de la XIV Enmienda, se podían justificar los programas de admisión universitaria que utilizan acciones afirmativas. El mismo argumento se repitió en *Grutter*. En *Fisher*, la Corte no se pronunció sobre el interés imperioso porque esta figura no fue alegada en estrados. En todo caso, el interés imperioso no ha sido un tema pacífico. El juez Antonin Scalia, en su voto parti-

⁵¹ GERSTMANN & SHORTELL, *op. cit.*, p. 210.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ JOHN HART ELY, “The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination”, p. 727.

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1978), caso 438 US 265, p. 267.

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 23.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

cular en Grutter, sostuvo que no le convencía el argumento de que las acciones afirmativas lograran el objetivo de “mantener el ‘prestigio’ de la escuela de derecho”⁵⁹. También manifestó en su voto disidente en el caso Adarand que “el gobierno nunca puede tener un ‘interés imperioso’ en discriminar por motivos de raza”⁶⁰.

En relación con el interés imperioso del Estado, “se requiere que el beneficio esté vinculado al daño: mientras más severa sea la desventaja, más imperiosos son los beneficios”⁶¹. Pero el beneficio para los grupos históricamente discriminados sería temporal. Desde el momento que esta situación se invierte, las acciones que tienen como objetivo compensar las discriminaciones dejan de ser imperiosas. Si se probara que la heterogeneidad no genera provecho, entonces no habría interés imperioso del Estado y las acciones afirmativas deberían cesar⁶². El problema es que, tal como señaló la Corte en el caso *Students for Fair Admission*, las universidades demandadas no habían probado que tuvieran intensión alguna de dejar atrás dichas políticas, por lo cual “no hay razón para creer que los demandados –aún actuando de buena fe– cumplan en el corto plazo con la Cláusula de Igual Protección”⁶³.

a) Acciones afirmativas y Primera Enmienda

Las acciones afirmativas en los procesos de admisión a las universidades también pueden ser justificadas desde otro punto de vista: la libertad de expresión, derecho asegurado en la Primera Enmienda de la Constitución. Es decir, los directivos universitarios podrían libremente diseñar políticas de acciones afirmativas fundados en esta garantía. Rachel Moran estima que el fundamento de estas políticas de acciones afirmativas, estaría subsumido en este derecho y la Corte debería respetar el margen de las universidades para decidir en este tema, ya que estas instituciones han tenido una gran importancia en “la tradición de promoción de la democracia que ha sido un sello distintivo de las instituciones de la educación superior”⁶⁴. En igual sentido, Paul Horwitz estima que el fallo Grutter abrió una ventana para analizar las acciones afirmativas en las universidades desde la perspectiva de la Primera Enmienda

⁵⁹ Bárbara Grutter había sido rechazada de la Facultad de Derecho en la Universidad de Michigan.

⁶⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS (1995), caso 515 U.S. 200, p. 239.

⁶¹ FISS, *op. cit.*, p. 116.

⁶² Adam CHILTON, Justin DRIVER, Jonathan MASUR & Kyle ROZEMA, “Assessing Affirmative Action’s Diversity”, p. 336.

⁶³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 34.

⁶⁴ MORAN, “Bakke’s...”, *op. cit.*, p. 2622.

y que esta disposición permite que ellas puedan desarrollar y diseñar sus propias reglas sin estar encorsetados en reglas jurídicas poco adecuadas⁶⁵.

Sin embargo, la Primera Enmienda no reconoce un derecho absoluto a los establecimientos educacionales, y eventualmente puede haber impugnación judicial en los casos en que las políticas de admisión a las universidades puedan ser inconstitucionales por infringir la igualdad ante la ley. Es decir, el hecho que se le reconozca un margen de apreciación a los centros educativos no es un obstáculo para que dichas reglas no puedan ser objeto de “escrutinio judicial”⁶⁶, sobre todo si sus decisiones vulneran la igualdad ante la ley. Esta idea fue confirmada por la Corte Suprema en *Runyon v. McCrary* cuando determinó que la Primera Enmienda no protegía el derecho de los colegios privados a “excluir minorías raciales de dichas instituciones”⁶⁷.

b) Acciones afirmativas en la universidad,
objetivo transitorio

Desde que la Corte Suprema emitió el fallo *Bakker* uno de los principales desafíos ha sido definir el propósito de las acciones afirmativas, un aspecto que dicha decisión no aclaró⁶⁸. Al parecer, su propósito es lograr la integración racial en las universidades y en el ámbito profesional. Al alero de esta hipótesis, las acciones afirmativas debían ser temporales, y mantenerse mientras se extienda la discriminación. El fallo *Bakke* no estableció criterios numéricos y no definió la cantidad de alumnos pertenecientes a minorías étnicas que debía tener una Facultad para certificar tal integración. Según Thomas Sowell, lograr este cometido no representaría dificultades si es que el procedimiento estuviera en manos de los sostenedores o los legisladores. Pero cuando este control se ventila en los tribunales por la vía de las acciones constitucionales, el tema se complica, porque no se entendería cómo un “programa puede ser transitoriamente constitucional”⁶⁹.

En este sentido, el fallo *Grutter* fue muy importante porque, si bien determinó que las acciones afirmativas eran deseables en 2003, año que se dictó la sentencia, la Corte no podía asegurar que podría darles amparo constitucional en el futuro y, en consecuencia, declaró que “esperamos que en 25 años contando desde ahora, el uso de las preferencias raciales no serán

⁶⁵ Paul HORWITZ, “Grutter’s First Amendment”, p. 589.

⁶⁶ Peter WIDULSKI, “Bakke, Grutter and the Principle of Subsidiarity”, p. 877.

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1976), caso 427 US 160, p. 176.

⁶⁸ Marcia SYNNOT, “The Evolving Diversity Rationales in University Admissions: from Regents v/s Bakke to the University of Michigan”, p. 474.

⁶⁹ Thomas SOWELL, “Webber and Bakke and the Presuppositions of ‘Affirmative Actions’”, p. 1311.

necesarias para lograr el interés aprobado hoy”⁷⁰. Conforme lo señala Edward Kellogg, las acciones afirmativas iban a existir en la medida que no se hubiera hecho

“suficiente progreso en la batalla contra la discriminación y las minorías y las mujeres no siguieran teniendo desventajas en sus esfuerzos para lograr oportunidades laborales por su raza, etnia o sexo”⁷¹.

El problema de la postura de Edward Kellogg es la siguiente: ¿cómo se determina que ya se alcanzó esa igualdad? ¿Cuáles serían los criterios para definirla? Los fallos Grutter y Fisher no lo aclararon. A causa de lo anteriormente dicho, no debe extrañar que la Corte Suprema resolviera en 2023 que no se podía deducir, de las políticas de las universidades demandadas, que ellas tuvieran un plan para terminar con estos programas, por lo cual, concluyó:

“las repetidas demandas que los programas de admisión deben terminar se pasan por alto, se retuercen, peor aún, en una demanda de que tales programas nunca se detengan”⁷².

c) El papel de la Corte Suprema y las políticas de admisión a las universidades

¿Es conveniente que la Corte Suprema tenga la competencia para pronunciarse sobre las acciones afirmativas como criterio de ingreso a las universidades? Mark Tushnet sostiene que la Constitución de Estados Unidos no contempla autorizaciones para que puedan regularse las acciones afirmativas ni que ellas puedan ser una excepción a la igualdad ante la ley⁷³. David Schwartz plantea sus dudas en cuanto a que si es conveniente que la cuestión de las acciones afirmativas sea resuelta por la Corte Suprema, y concluye que no es ella la que debe dar respuesta a este problema, el cual debe ser zanjado por la política⁷⁴. Además, señala que es muy atractivo para los juristas provocar la participación de los tribunales en este tipo de situaciones y agrega: “si podemos encontrar el argumento ganador, los litigantes podemos hacer las políticas públicas”⁷⁵. Matthew Kane estima que el problema de fallos como Bakke es que no pueden ser aplicados solo a través de la facultad de imperio que

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003), caso 539 US 306, p. 343.

⁷¹ J. Edward KELLOGG, *Understanding Affirmative Actions Politics Discrimination and Search for Justice*, p. 150.

⁷² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023), caso 600 US 181, p. 38.

⁷³ Mark TUSHNET, “United States: Supreme Court Rules on Affirmative Actions”, p. 158.

⁷⁴ David SCHWARTZ, “The Case of the Vanishing Protection Class: Reflection on Reverse Discrimination, Affirmative Action and Racial Balancing”, p. 658.

⁷⁵ SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 688-689.

tienen los tribunales, sino que requieren de la colaboración de agentes no judiciales para poder ser ejecutados⁷⁶. Mark Kende sostiene que, si bien Bakke fue un fallo inicialmente débil, ha tenido mucho ímpetu considerando que existe un gran número de establecimientos de educación que han diseñado planes de admisión inspirados en su contenido⁷⁷. Es muy difícil saber si estos programas son o no populares en la población⁷⁸, pero, de todas maneras, se podría considerar que las decisiones de la Corte Suprema en materia de acciones afirmativas podrían contribuir a la paz de la sociedad⁷⁹.

En todo caso, y a propósito de esta cuestión, no se debe olvidar el principio de supremacía constitucional. La Constitución es la norma superior y sus preceptos son obligatorios para todas las personas, tanto naturales como jurídicas. Si bien la universidad es una institución a la cual el Estado y sus organismos le deben reconocer autonomía y no tratar de diseñar sus políticas a través de fallos judiciales, lo cierto es que los derechos constitucionales, tales como la igualdad ante la ley, son vinculantes para una institución como la universidad de lo cual se deduce que la Corte puede resolver causas en las cuales se reclama por la infracción, por parte de los privados, del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en la XIV Enmienda.

Cabe tener presente que la Corte Suprema no solo ha recurrido a la XIV Enmienda cuando debe asegurar el derecho a la igualdad en los procesos de admisión a la universidad. Este criterio también se ha utilizado en otros ámbitos de la vida social cuando se ha visto afectada la igualdad ante la ley. En el caso *Shelly v. Kraemer*⁸⁰ la Corte resolvió que se vulneraba la XIV Enmienda cuando las autoridades locales trataban de ejecutar contratos entre privados que tenían por objetivo negarles a personas de una raza específica la libertad de vivir en determinados barrios. En *Runyon v. McCrary*⁸¹, se prohibió la discriminación racial en el sistema privado de educación, aunque fuera parte del proyecto educativo del colegio; en *Boynton v. Virginia*⁸², la Corte declaró inconstitucional la separación por raza en restaurantes ubicados en estaciones de buses y en *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*⁸³, la Corte Suprema estableció que era con-

⁷⁶ Matthew E. KANE, *The Nature of the Supreme Court*, p. 97.

⁷⁷ Mark KENDE, "Is Bakke Now a Super Precedent and Does it Matter: The US Supreme Court's Updated Constitutional Approach to Affirmative Action in Fisher", p. 18.

⁷⁸ KANE, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁹ Álvaro CUEVAS, "La diversidad como bien jurídico tutelado: algunas reflexiones para Chile a la luz de los casos sobre 'Affirmative Action' contra la Universidad de Michigan, EE.UU.", p. 171.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1948), caso 334 US 1.

⁸¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1976), caso 427 US 160.

⁸² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1960), caso, 364 US 454.

⁸³ CORTE SUPREMA DE ESTADO UNIDOS (2004), caso 551 US 701.

trario a la Constitución el uso de criterios raciales para asignar los distritos escolares de los niños.

Conclusión

En 1865, días antes que finalizara la guerra civil estadounidense, Frederick Douglass, destacado líder antiesclavista del norte de Estados Unidos, dio un discurso ante la Sociedad Antiesclavista de Massachusetts y, a propósito de la cuestión sobre qué hacer con los esclavos que serían prontamente liberados, respondió:

“¡No hagan nada con nosotros! Sus acciones con nosotros ya nos han hecho daño [...] Si un Negro no se puede parar en sus propias piernas, déjenlo caer. Sólo les pido, denles una oportunidad para ponerse de pie solo. ¡Déjenlos solos!”⁸⁴.

De las palabras de este esclavo fugitivo, que llegó a ser uno de los líderes de la Emancipación, se puede deducir que antes del fin de la guerra, de forma clarividente, se dio cuenta que la cuestión sobre qué hacer con los esclavos liberados sería un tema crucial una vez terminada la guerra civil. Y pareciera ser que su solución era más bien cercana a las posturas del liberalismo clásico sobre la igualdad ante la ley, es decir, la entendía como una igualdad de oportunidades. Frederick Douglass temía que las acciones, por cierto, bien intencionadas, destinadas ayudar y reparar la discriminación que habían sufrido los esclavos, los podrían terminar perjudicando.

El problema de fondo en torno a la polémica que se ha generado con respecto a las acciones afirmativas no tiene su raíz en si ellas pasan o no los criterios de escrutinios estrictos, sino en el verdadero eje de la cuestión: no existe acuerdo en la academia jurídica ni en las ciencias políticas en cuanto a qué se debe entender por igualdad ante la ley: si como una igualdad de oportunidades, entonces se podría concluir que las acciones afirmativas son una infracción del principio de igualdad ante la ley; si se utilizan factores sociológicos e históricos para determinar la existencia o no de discriminación, entonces las acciones afirmativas sí tendrían una justificación y no afectarían la igualdad ante la ley.

Las acciones afirmativas han tenido sus defensores y detractores. Por una parte, han sido consideradas como una política necesaria para lograr equiparar la cancha por las diferencias que han generado las discriminaciones históricas. Pero también han sido criticadas, porque son formas generales de castigar

⁸⁴ Frederick DOUGLAS, “What a Black Man Wants”.

la discriminación, que terminan afectando a los que no fueron responsables de promoverlas. Además, contribuyen a crear antipatía no solo contra los que gestionan los programas de acciones afirmativas, sino, también, en contra de los beneficiarios de ellas⁸⁵. Y es probable que esta fuese la situación que Frederick Douglas temía en 1865.

Otro problema no menor que plantean las acciones positivas en las políticas de admisión a las universidades de Estados Unidos se refiere a su extensión en el tiempo. Es decir, ellas deberían ser remediales y transitorias. Pero las acciones afirmativas en los procesos de selección universitaria, que podrían haber sido necesarias en 1978 cuando se dictó el fallo Bakke, no cesaron en el tiempo. Se debe tener en cuenta que cuando la Corte resolvió el caso *Students for Fair Admission* ya habían pasado por los centros universitarios de Harvard y la UNC dos generaciones de estudiantes que no nacieron ni se educaron bajo el yugo del sistema de separados pero iguales y, por lo tanto, cabe preguntarse si era razonable que estas y otras universidades mantuvieran vigentes las acciones afirmativas en 2023.

En todo caso, se debe insistir en un punto. Si se quiere proyectar a futuro la cuestión de las políticas de acciones afirmativas (no solo en los procesos de admisión universitaria), no se podrá soslayar una discusión previa y se refiere a qué se debe entender por igualdad ante la ley. Este no es solo un dilema para la doctrina jurídica de Estados Unidos, sino que es problema universal, del cual Chile tampoco ha estado ajeno, como lo demuestran los procesos constituyentes de 2020-2022 y 2023.

En definitiva, cualquier discusión futura sobre acciones afirmativas, y no solo en lo relativo con los criterios de selección universitaria, sino que, también, en otros ámbitos de la vida social, tales como en el tema de los cupos especiales para mujeres en política o en directorios de empresas, se debería tener en consideración este punto de partida, es decir, si la igualdad se entiende como igualdad de oportunidades o de resultados. Será difícil avanzar en la protección de la igualdad ante la ley si antes no se sinceran las posturas que se tengan sobre esta cuestión.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, San José, Imprenta Nacional, 2016.

BACK, Christine, “‘Affirmative Action’ and Equal Protection in Higher Education”, in *Congressional Research Service*, pp. 1-44. Disponible en <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45481.pdf> [fecha de consulta: 15 de abril de 2025].

⁸⁵ Thomas SOWELL, *Affirmative Action Reconsidered: Was it Necessary of Affirmative Actions?*, p. 45.

- BAKER, Aaron, "Proportional, Not Strict Scrutiny: Against a US 'Suspect Classification' Model under Article 14 ECHR in the UK" en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LVI, number 4, Michigan, 2008, pp. 847-893.
- BHAGWAT, Ashutosh, "Affirmative Action and Compelling Interest: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads", in *Journal of Constitutional Law*, vol. 4, Issue 2, Pennsylvania, 2002, pp. 260-280.
- CARBONELL, Miguel, "Equality Rights in Contemporary Constitutionalism", en *De-reitos Fundamentais & Justica*, vol. 11, Belo Horizonte, 2010, pp. 55-84.
- CHILTON, Adam, Justin DRIVER, Jonathan MASUR & Kyle ROZEMA, "Assessing Affirmative Action's Diversity Rationale", in *Columbia Law Review*, vol. 122, No. 2, New York, 2022, pp. 331-406.
- CUEVAS MANRÍQUEZ, Álvaro, "La diversidad como bien jurídico tutelado: algunas reflexiones para Chile a la luz de los casos sobre 'Affirmative Action' contra la Universidad de Michigan, EE.UU.", en *Revista Derecho Mayor*, n.º 2, Santiago, 2003, pp. 163-172.
- DAVENPORT, David: "Whatever Happened to Equality of Opportunity?". Disponible en www.hoover.org/research/whatever-happened-equality-opportunity [fecha de consulta: 23 de enero de 2025].
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, "Las categorías sospechosas en el derecho chileno", en *Pro Jure. Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 50, núm. 1, Valparaíso, 2018, pp. 189-218.
- DOUGLAS, Frederick, "What a Black Man Wants". Disponible en www.blackpast.org/african-american-history/1865-frederick-douglass-what-black-man-wants/ [fecha de consulta: 26 de abril de 2024].
- FIGUEROA, Rodolfo, "Acción afirmativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, Santiago, 2016, pp. 401-433.
- FISS, Owen M., "Groups and Equal Protection Clause", in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, No. 2, Hoboken, 1976, pp. 107-177.
- GARFIELD, Leslie Y., "Back to Bakke: Defining the Strict Scrutiny Test for Affirmative Action Policies Aimed at Achieving Diversity in the Classroom", in *Nebraska Law Review*, vol. 83 Issue 3, Lincoln, 1987, pp. 631-684.
- GALLOWAY, Russell Jr. & Henry HEWITT, "The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes the Rules in Race Cases", in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 17, No. 2, Pittsburgh, 2010, pp. 1-21.
- GERSTMANN, Even & Christopher SHORTELL, "The Many Faces of Strict Scrutiny: How the Supreme Court Changes de Rules in Race Cases", in *University of Pittsburgh Law Review* vol. 72, No. 1, Pittsburgh, 2010, pp. 1-52.
- GOTANDA, Neil, "A Critique of 'Our Constitution is Color Blind'", in *Stanford Law Review*, vol. 44, No. 1, Stanford, 1991, pp. 1-68.
- HART ELY, John, "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", in *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, Chicago, 1974, pp. 723-741.
- HIERS, Richard H., "Institutional Academic Freedom or Autonomy Grounded upon the First Amendment: A Jurisprudential Mirage", in *Institutional Academic Freedom*, vol. 30, No. 1, 2007, pp. 1-58.

- HOCHSCHILD, Jennifer, "The Strange Career of Affirmative Action", in *Ohio State Law Journal*, vol. 59, No. 3, Ohio, 1969, pp. 997-1038.
- HORWITZ, Paul, "Grutter's First Amendment", in *U San Diego Legal Studies Research Paper*, vol. 46, No. 5-6, San Diego, 2004, pp. 460-590.
- HUTCHINSON, Darren Lenard, "'Unexplainable on Grounds other than Race': The Inversion of Privilege and Subordination in Equal Protection Jurisprudence", in *University of Illinois Law Review*, No. 3, Illinois, 2003, pp. 615-700.
- INIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, "La noción de 'categoría sospechosa' y el derecho a la igualdad ante la ley de en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Pro Jure. Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, núm. 2, Valparaíso, 2014, pp. 495-516.
- KANE HALL, Matthew Eric, *The Nature of the Supreme Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- KELLOG, J. Edward, *Understanding Affirmative Actions Politics Discrimination and Search for Justice*, Washington DC, Georgetown University Press, 2006.
- KENDE, Mark S., "Is Bakke Now a Super Precedent and Does it Matter: The US Supreme Court's Updated Constitutional Approach to Affirmative Action in Fisher", in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6, Pennsylvania, 2013, pp. 15-24.
- MORAN, Rachel F., "Bakke's Lasting Legacy: Redefining the Landscape of Equality and Liberty in Civil Rights Law", in *UC Davis Review*, vol. 52, No. 5, Davis, 2019, pp. 2569-2626.
- MORAN, Rachel F., "The Unbearable Emptiness of Formalism: Autonomy, Equality and the Future of Affirmative Action", in *North Carolina Law Review*, vol. 100, No. 3, North Carolina, 2022, pp. 785-831.
- OLAPADE, Habib, "Affirmative Inattention: A Closer Examination of Justice Powell's Strict Scrutiny Analysis in Bakke", in *Columbia Undergraduate Law Review*, vol. XI, Issue 1, New York, 2015, pp. 27-51.
- ONDAATJE, Michael L., *Black Conservative Intellectuals in Modern America*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- POSNER, Richard A., "The Bakke Case and the Future of 'Affirmative Action'", in *California Law Review*, vol. 67, Berkeley, 1979, pp. 171-189.
- POWELL, Cedric Merlin, "Blinded by Color: The New Equal Protection, the Second Deconstruction, and Affirmative Inaction", in *University of Miami Law Review*, vol. 51, No. 2, Miami, 1997.
- ROBINSON, Greg & Toni ROBINSON, "Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origins of Strict Scrutiny", in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, Issue 2, Durham, 2005, pp. 29-55.
- SABA, Roberto, "desigualdad estructural y acciones afirmativas", en Pamela DÍAZ-ROMERO y Augusto VARAS (eds.), *Acción afirmativa. Política para una democracia efectiva*, Santiago, Fundación Requitas/RIL Editores, 2013, pp. 85-125.
- SCHWARTZ, David S., "The Case of the Vanishing Protection Class: Reflection on Reverse Discrimination, Affirmative Action and Racial Balancing", in *Wisconsin Law Review*, No. 2, Wisconsin, 2002, pp. 657-689.

- SOWELL, Thomas, *Affirmative Action Reconsidered: Was it Necessary in Academia?*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1975.
- SOWELL, Thomas, “Webber and Bakke and the Presuppositions of ‘Affirmative Actions’”, in *Wayne Law Review*, vol. 26, Issue 4, Detroit, 1979-1980, pp. 1309-1336.
- STERBIE, James P., “Deffending Affirmative Action, Defending Preference”, in Carl COHEN *et al.*, *Affirmative Action and Racial Preference: a Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- STRAUSS, David A., “Fisher v University of Texas and the Conservative Case for Affirmative Action”, in *The Supreme Court Review*, vol. 2016, Chicago, 2018, pp. 1-24.
- STRAUSS, Marcy, “Reevaluating Suspect Classifications”, in *Seattle University Law Review*, vol. 35, No. 1, Seattle, 2011, pp. 135-174.
- SUNSTEIN, Cass R., “Affirmative Action, Caste, and Cultural Comparisons”, in *Michigan Law Review*, vol. 97, Issue 5, Chicago, 2019, pp. 1311-1320.
- SYNNOTT, Marcia G., “The Evolving Diversity Rationales in University Admissions: From Regentes v/s Bakke to the University of Michigan”, in *Cornell Law Review*, vol. 90, No. 2, Ithaca, 2005, pp. 463-504.
- TUSSMAN, Joseph & Jacobus TENBROEK, “The Equal Protection of the Law”, in *California Law Review*, vol. 37, No. 3, Berkeley, 1948, pp. 341-381.
- TUSHNET, Mark, “United States: Supreme Court Rules on Affirmative Actions”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, Issue 1, New York, 2004, pp. 158-173.
- VAN ALSTYNE, William, “Affirmative Actions”, in *Wayne Law Review*, vol. 46, No. 3, Detroit 2000, pp. 1517-1563.
- WILDULSKI, Peter, “Bakke, Grutter and the Principle of Subsidiarity”, in *Hastings Constitutional Quarterly*, vol. 32, No. 4, San Francisco, 2005, pp. 847-908.

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1896): sentencia 163 US 537, 18 de mayo de 1896.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1938): sentencia 304 US 144, 25 de abril de 1938.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1944): sentencia 323 US 214, 18 de diciembre de 1944.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1948): sentencia 334 US 1, 3 de mayo de 1948.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1954): sentencia 347 US 483, 17 de mayo de 1954.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1960): sentencia 364 US 454, 5 de diciembre de 1960.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1967): sentencia 388 US 1, 12 de junio de 1967.
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1976): sentencia 427 US 160, 25 de junio de 1976.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1978): sentencia 438 US 265, 28 de junio de 1978.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (1995): sentencia 515 U.S. 200, 12 de junio de 1995.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2003): sentencia 539 US 306, 29 de junio de 2003.

CORTE SUPREMA DE ESTADO UNIDOS (2007), sentencia 551 US 701, 28 de junio de 2007.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2016): sentencia 579 US 365, 23 de junio de 2016.

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS (2023): sentencia 600 US 181, 29 de junio de 2023.

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
DC	District of Columbia
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Inc.	incorporation
n.º <i>a veces</i> núm.	número
No.	number
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
UNC	University of North Carolina
v. <i>a veces</i> v/s	versus
vol.	volumen
www	World Wide Web