

El Discurso de la Igualdad: Los Valores de la Antisubordinación y la Anticlasificación en las Luchas Constitucionales sobre el caso *Brown**

Reva B. Siegel*

Cuando *Brown v. Board of Education*¹ prohibió la segregación racial en la educación pública, se inauguró un gran debate sobre la igualdad de la ciudadanía y el federalismo que abarcó la segunda mitad del siglo veinte. El caso continúa evocando la idea de conflicto e historias sobre las posibilidades -y límites- del derecho constitucional.

Este artículo explora la relación que existe entre los principios constitucionales y la política constitucional en las formas en las cuales hablamos acerca del significado de la decisión. Muestra cómo las convicciones respecto al principio sobre el cual descansa *Brown* fueron construidas en base a conflictos referidos a su aplicabilidad, y demuestra cómo tales conflictos han producido desviaciones y contradicciones en las doctrinas que implementan la garantía de la igual protección. Revisando los primeros argumentos sobre *Brown*, estamos en mejores condiciones para describir los valores y preocupaciones que han moldeado el desarrollo del derecho a la igual protección y para debatir aquellos que pueden llegar a configurar su futuro. Al mismo tiempo, la exploración del sello distintivo del conflicto constitucional en nuestros compromisos constitucionales nos invita a reflexionar nuevamente acerca de las formas en las cuales la Corte y el pueblo se realizan mutuamente reclamos. Ello nos permite hacernos preguntas sobre el modo en que la Corte construye un principio constitucional que pueda generar lealtad de parte de las personas cuyas vidas limitará.

Hoy en día, muchos entienden que *Brown* puso un punto final a la era de la segregación en los Estados Unidos al declarar el principio constitucional de que el gobierno no puede clasificar tomando como base a la raza. A menudo, voceros judiciales y populares invocan este *Brown*, el de la anticlasificación.² Muy recientemente, el *Brown* que prohíbe la clasificación en base a la raza fue citado de manera prominente por los proponentes de una ley que hubiese tornado ilegal la recolección de información racial por parte del estado de California. Citando los argumentos de Thurgood Marshall en *Brown*, el legado de

• Este artículo es una versión con notas al pie reducidas de "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over *Brown*", publicado originalmente en inglés en 117 *Harvard Law Review* 1470 (2004). Publicado bajo permiso. Traducido por Laura Saldivia con la colaboración de Gustavo Beade.

* Profesora de Derecho de Yale Law School. Agradezco a Bruce Ackerman, Jack Balkin, Owen Fiss, Barry Friedman, Michael Klarman, Frank Michelman, Robert Post y Richard Primus, como así también a los participantes en los seminarios de profesores de Stanford, University of Virginia y Yale, por sus comentarios sobre el manuscrito. Estoy en deuda con Sophia Lee, Gia Kim y Cary Franklin, así como con Olivia Choe, Lane Dilg y Alan Schoenfeld por la maravillosa y comprometida asistencia en la investigación y por la conversación sobre este proyecto.

1. 347 U.S. 483 (1954).

2. Para ejemplos de referencias judiciales a la anticlasificación de *Brown*, véanse los casos citados *infra* pág. 85 y notas 17 y 31.

Martin Luther King Jr. y la memoria de la esclavitud y la segregación, los partidarios del Movimiento por la Privacidad Racial [*en inglés Racial Privacy Initiative, RPI*] argumentaron que los compromisos de la anticlassificación de *Brown* requerían que se pusiera fin al tipo de recolección de información racial que, durante mucho tiempo, había sido utilizado para la implementación de las leyes antidiscriminatorias del país.³ Con satisfacción evidente, los proponentes de la RPI invocaron la autoridad de *Brown* para una propuesta que pone en riesgo la propia misión inaugurada por el fallo. Extrañamente –y para muchos, peligrosamente–, su postura fue correcta e incorrecta a la vez. Hace ya medio siglo, la Constitución prohibió la acción estatal que clasifica sobre la base de la raza. Pero cuando los estadounidenses debatieron las consecuencias de aquel principio, pocos pensaron que prohibía la recolección de información racial.⁴ Si la recolección de información racial viola el núcleo del principio adoptado en *Brown*, ¿por qué le tomó a la

3. Varios comunicados de prensa y materiales de la campaña “Sí a la Proposición 54” citaron el legado de *Brown*, algunas veces explícitamente y otras más sutilmente. Véase, por ej., Ward Connerly, “Statement to UC Board of Regents” (May 15, 2003) (“En 1954, Thurgood Marshall describió a las clasificaciones raciales como “odiosas” cuando representó a la NAACP en *Brown v. Board of Education*. En ese tiempo, la NAACP se opuso a las clasificaciones y categorías raciales y a la regla llamada ‘una gota.’”), [http://www.racialprivacy.org/content/miscellaneous/regents board.php](http://www.racialprivacy.org/content/miscellaneous/regents%20board.php); véase también Comunicado de Prensa, Racial Privacy Initiative, “California to Challenge Divisive Race Boxes” (17 de Mayo, 2002) (sostuvo que la RPI representa el mismo principio de ser ciegos al color que Thurgood Marshall defendió “cuando escribió, ‘Las clasificaciones y distinciones basadas en la raza o el color no tienen validez moral o jurídica en nuestra sociedad. Ellas son contrarias a nuestra constitución y leyes, y [la Corte Suprema] ha invalidado leyes, ordenanzas o políticas oficiales que buscaban establecer tal clasificación.’” (citando el informe de Thurgood Marshall en nombre de la *Legal Defense and Education Fund* de la NAACP en *Sipuel v. Board of Regents*, 332 U.S. 631 (1948))), [http://www.racialprivacy.org/content/press/may17 2002.php](http://www.racialprivacy.org/content/press/may17%202002.php). Otras referencias a *Brown* de la campaña fueron menos explícitas. Cf. Comunicado de Prensa, Iniciativa Racial Privada, “El Director de la Campaña Prop. 54 Ward Connerly Critica la Vergonzosa Caracterización de la Prop. 54 como ‘Una Mentira Ridícula’” (Sept. 15, 2003) (“La Prop. 54 no es acerca de información. Se refiere a si el gobierno tiene o no tiene derecho a reconocer a sus ciudadanos por la raza y a clasificarlos de acuerdo a ello... Cada vez que nuestro gobierno ha reconocido la raza de sus ciudadanos y ha implementado dicho conocimiento a la hora de formular políticas públicas, ello ha conducido a prácticas como Jim Crow y al confinamiento de ciudadanos norteamericanos. Creo que es tiempo de terminar la práctica de colocar personas en casilleros.” (cita a Ward Connerly)), [http://www.racialprivacy.org/content/press/sept15 2003.php](http://www.racialprivacy.org/content/press/sept15%202003.php); Ward Connerly, “The Racial Privacy Initiative: Why I Support It and Why You Should, Too”, at [http://www.racialprivacy.org/content/miscellaneous/why support.php](http://www.racialprivacy.org/content/miscellaneous/why%20support.php) (última vez visitada Nov. 10, 2003) (“La RPI trata realmente acerca de liberar los corazones y mentes californianas de los rígidos casilleros de la raza.” (énfasis agregado)). Los partidarios de la RPI han seguido la idea de la campaña de vincular la Iniciativa al símbolo de *Brown*. Véase, por ej., George F. Will, “Dropping the ‘One Drop’ Rule,” *Newsweek*, Mar. 25, 2002, pág. 64 (“¿Quién puede objetar la RPI 48 años después de que Thurgood Marshall, entonces un abogado que representaba a la NAACP en *Brown v. Board of Education*, dijera, «Las distinciones de raza son tan odiosas, arbitrarias y malignas que el estado obligado a defender la igual protección de las leyes no debe involucrarlas en ninguna esfera pública»? ¿Quién puede objetar la RPI 34 años después de que Martin Luther King muriera peleando por una sociedad en la cual los norteamericanos ‘no fueran juzgados por el color de su piel sino por el contenido de su carácter?’”).

4. La recolección de información racial del gobierno no ha sido nunca cuestionada de una manera sostenida y estratégica. Los defensores de los derechos civiles en los años ‘50 y ‘60 cuestionaron algunas prácticas estatales que requerían arbitrariamente la designación de la raza en documentos públicos, pero fueron abandonando estos reclamos a medida que la legislación sobre derechos civiles solicitó de manera creciente que la recolección de información racial contribuyera a la implementación. Véase *infra* nota 158.

sociedad exactamente medio siglo considerar la cuestión? ¿Y por qué la reciente derrota de la RPI atrajo tan pocos comentarios?⁵ Entendimientos complejos, aunque articulados en forma incompleta, parecerían estar guiando las intuiciones populares sobre las prácticas que el principio anticlasificador condena.

¿Qué es lo que está en juego en la afirmación de que *Brown* prohíbe la clasificación racial? Algunas veces, simplemente, la afirmación expresa la idea de que el compromiso anticlasificador inaugura la tradición moderna de la igual protección. Pero también puede expresar la convicción normativa de que la anticlasificación representa el valor fundamental de la tradición, el valor del individualismo. En *Missouri v. Jenkins*⁶ el juez Thomas explicó:

Brown I no necesitó depender de ninguna investigación psicológica o de las ciencias sociales a la hora de anunciar la verdad simple, aunque fundamental, de que el gobierno no podía discriminar entre sus ciudadanos en razón de la raza... En el centro de la interpretación de la Cláusula de Igual Protección se halla el principio de que el gobierno debe tratar a sus ciudadanos como individuos, no como miembros de grupos raciales, étnicos o religiosos. Es por esta razón que debemos sujetar todas las clasificaciones raciales al más estricto de los escrutinios...⁷

Para muchos, la creencia de que los compromisos anticlasificatorios son fundamentales implica la perspectiva de que nuestra tradición abarca una concepción particular de la igualdad, una concepción que está comprometida con los individuos más que con los grupos. Según esta visión, la adopción del principio anticlasificador por parte de la tradición implica el repudio de una concepción alternativa de la igual protección, el principio de la antisubordinación: la convicción de que está mal que el Estado se involucre en prácticas que refuerzan el estatus social inferior de los grupos históricamente

5. Las fuentes de noticias nacionales proveen una cobertura insuficiente de la derrota de la RPI. Véase, por ej., John M. Broder, "Economy a Factor: Californians Voice Deep Dissatisfaction with Governor's Record", N.Y. Times, Oct. 8, 2003, pág. A1 (dedica sólo dos oraciones a la derrota de la iniciativa en medio de un artículo más extenso sobre la revocación del mandato del gobernador); Greg Pierce, "Inside Politics", Wash. Times, Oct. 10, 2003, pág. A9 (simplemente afirma que la iniciativa no fue aprobada y que Connerly prometió promoverla de nuevo). Los periódicos de universidades medias y nacionales de California le prestaron a la cuestión un poco más de atención, atribuyendo la derrota de la iniciativa a los miedos sobre su efecto en cuestiones de salud pública; véase, por ej., Stephen Magagnini, "Prop. 54 Soundly Beaten: The Tide Turned When Foes of the Ballot Measure Shifted Gears from Bias to Health Care", Sacramento Bee, Oct. 8, 2003, o citándola como el fin de los referéndum de California en contra de minorías, véase, por ej., William Brand, "UC Berkeley Students Celebrate Separate Victories", Alameda Times-Star, Oct. 9, 2003. A pesar de que un año antes la cuestión parecía ser apta para iniciar un debate nacional (véase, por ej., U.S. Comm'n on Civil Rights, "Briefing on the Consequences of Government Race Data Collection Bans on Civil Rights" (May 8, 2002), <http://www.usccr.gov/pubs/racedata/trans.htm>), una vez rechazada, la sociedad pareció considerarla una idea de corta vida de un pequeño grupo de actores políticos. Véase, por ej., Leslie Wolf Branscomb, "Defeat of Prop. 54 Is Called Win for Grass-Roots Politics, Copley News Service", Oct. 8, 2003 (sostiene que Arnold Schwarzenegger, el Republicano victorioso en la elección gubernamental que se llevó a cabo al mismo tiempo que el referéndum sobre la Proposición 54, se refirió a los partidarios de la proposición como unos "locos de derecha").

6. 515 U.S. 70 (1995).

7. *Id.*, pág. *id.*, pág. 120-21 (Thomas, J., voto concurrente).

oprimidos.⁸ Lo fundamental del principio anticlassificador es que explica, de este modo, varias características de nuestra tradición de la igual protección, siendo la más destacada entre ellas su compromiso de proteger a los individuos contra toda forma de clasificación racial, incluyendo la discriminación ‘positiva’ o ‘inversa’. El compromiso de proteger a individuos antes que a grupos también explica por qué el derecho constitucional no trata como presumiblemente discriminatorio a las prácticas explícitamente neutrales que impactan de manera desigual sobre grupos excluidos históricamente.⁹ Los académicos debaten sobre cuál debe ser nuestro entendimiento constitucional de la igualdad, pero la mayoría estaría de acuerdo en que el derecho estadounidense de la igual protección, conforme se ha desarrollado durante el pasado medio siglo, ha expresado compromisos anticlassificatorios más que de antisubordinación.¹⁰

8. Por ejemplo, Owen Fiss denominó a esta versión del principio de antisubordinación el “principio sobre la desventaja de grupo” y lo definió como el principio de que las leyes no pueden “agravar” o “perpetuar... el estatus subordinado de un grupo especialmente desaventajado.” Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5 Phil. & Pub. Aff. 107, 108, 157 (1976). Hay traducción parcial en castellano en Roberto Gargarella, compilador, *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, 1999. Muchos otros han afirmado que la mejor interpretación de la igual protección es verla como preocupada por la subordinación de grupo. Véase, por ej., Derrick Bell, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, pág. 162-77 (1987) (sostiene que “La Corte debe revisar con gran cuidado las leyes que perjudican a las minorías raciales”); Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, pág. 32-45 (1987) (repudia el modelo de igualdad centrado en la ‘diferencia’ y favorece el modelo que se focaliza en el ‘dominio’); Catharine A. MacKinnon, “Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination”, pág. 117 (1979) (argumenta que los tribunales deben investigar “si [una] política o práctica... contribuye integralmente al mantenimiento de una sub-clase o a la privación de una posición debido al estatus de género”); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, pág. 1514-21 (2d ed. 1988) (sugiere que la acción estatal explícitamente neutral sea analizada de acuerdo con el principio de la anti-sojuzgación, de modo tal que “el escrutinio estricto sea reservado para aquellos actos de gobierno que, dada su historia, contexto, fuente y efecto parezcan con mayor probabilidad no sólo perpetuar la subordinación sino también reflejar una tradición de hostilidad hacia un grupo históricamente subyugado, o un patrón de ceguera o indiferencia hacia los intereses de dicho grupo”).

9. En 1976, Owen Fiss anticipó y cuestionó célebremente estas implicaciones del principio de la anticlassificación (o tal como se refirió al mismo, el principio de la antisubordinación), cuando sugirió la adopción del “principio sobre la desventaja de grupo”, un nuevo principio mediador de la Cláusula de Igual Protección. Véase Fiss, *supra* nota 8, pág. 108. La preocupación de Fiss acerca del principio de la antisubordinación era que podía conducir a los tribunales a no entender bien la resolución correcta de dos cuestiones importantes en discusión en la judicatura norteamericana en los años ‘70: la cuestión de la “permisibilidad del tratamiento preferencial”, *id.* pág. 129, y el “problema de los criterios explícitamente inocentes”, *id.* pág. 141.

10. Véase, por ej., Lawrence A. Alexander, “Equal Protection and the Irrelevance of ‘Groups’” (Issues in Legal Scholarship, The Origins and Fate of Antisubordination Theory, Article No. 1, 2002), en <http://www.bepress.com/ils/iss2/art1> (indica que la Corte Suprema rechazó la teoría del ‘impacto desproporcionado de grupo’ en *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976), y que no ha mostrado interés en reexaminar esta postura); Daniel Sabbagh, “Affirmative Action and the Group Disadvantaging Principle” (Issues in Legal Scholarship, The Origins and Fate of Antisubordination Theory, Article No. 14, 2003), en <http://www.bepress.com/ils/iss2/art14> (explora las razones institucionales sobre por qué los tribunales fallaron en adoptar el principio sobre la desventaja de grupo); Mark Tushnet, “The Return of the Repressed: Groups, Social Welfare Rights, and the Equal Protection Clause” (Issues in Legal Scholarship, The Origins and Fate of Antisubordination Theory, Article No. 7, 2002), en <http://www.bepress.com/ils/iss2/art7> (sostiene que la perspectiva de la igual protección de Fiss orientada al grupo ha encontrado “un rechazo total a nivel de la doctrina constitucional”); Michael C. Dorf, “Equal Protection Incorporation”, 88 Va. L. Rev. 951, 1009 (2002) (“La doctrina actual de la Corte Suprema entiende la igual protección como un principio de

La revisión de los primeros debates sobre *Brown* pone en duda esta manera de entender nuestra tradición de la igual protección, y enseña mucho sobre las preocupaciones que determinaron la adopción y la aplicación progresiva del discurso anticlasificador en el derecho a la igual protección. El principio anticlasificador con el cual hoy estamos familiarizados no organizó los primeros debates sobre *Brown*. De hecho, el debate que siguió inmediatamente a la decisión se centró a menudo en cuestiones relativas al daño de grupo, y muchas de las justificaciones que se ofrecieron sobre *Brown* sonaron como sonaría hoy una defensa de la opinión basada en la antisubordinación. Pero la revisión de este debate hace más claro que, en este período inicial, hablar de clasificación y subordinación no tenía el mismo significado que tiene en estos días. La comprensión de que la anticlasificación y la antisubordinación son principios en competencia que reivindican valores complejos diferentes y justifican regímenes doctrinarios distintos, es una

antidiscriminación más que como un principio de antisubordinación..."); Neil Gotanda, "A Critique of 'Our Constitution Is Color-Blind'", 44 *Stan. L. Rev.* 1, 37 (1991) ("La Corte moderna se ha alejado de las... nociones de raza que reconocen las experiencias históricas divergentes de los norteamericanos negros y blancos... En lugar de estos conceptos, la Corte descansa cada vez más en el concepto formal de la raza; una visión de la raza desconectada de la realidad histórica de opresión de los negros."); Robin West, "Equality Theory, Marital Rape, and the Promise of the Fourteenth Amendment", 42 *Fla. L. Rev.* 45, 62 n.66 (1990) (hace notar que el problema principal del modelo de la antisubordinación es que, "sean cuales fueren las razones, las perspectivas basadas en la antisubordinación sobre la igual protección, el respeto del sexo o la raza, no han encontrado aceptación judicial"); Kenji Yoshino, "Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of 'Don't Ask, Don't Tell'", 108 *Yale L.J.* 485, 558 (1998) (observa, con referencia al principio de la antisubordinación, que "la Corte Suprema parece haber rechazado esta postura del escrutinio elevado basado en la clase").

Algunos académicos han cuestionado esta caracterización de la tradición de la igual protección y proponen un relato más complejo de los valores que defiende. Véase, por ej., Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?", 58 *U. Miami L. Rev.* 9 (disponible en una versión anterior como Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, "The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination" (Issues in Legal Scholarship, The Origins and Fate of Antisubordination Theory, Article No. 11, 2003), en <http://www.bepress.com/ils/iss2/art11>) ("Las inconsistencias en las formas en que los tribunales han implementado el principio de la anticlasificación a través del tiempo y en diferentes partes del derecho sugieren que el discurso de la anticlasificación esconde otros valores que hacen gran parte del trabajo a la hora de determinar qué prácticas prohíbe el derecho antidiscriminatorio. Utilizando este método de análisis, podemos ver que muchos valores guían la aplicación del principio de la anticlasificación. Algunas veces,... los tribunales han implementado el principio de la anticlasificación de una manera que preserva las relaciones de estatus. Pero a menudo, y particularmente en la medida en que se expande la agenda de los derechos civiles, la judicatura ha aplicado el principio de la anticlasificación de formas que desmantelan las relaciones de estatus."); Ruth Colker, "The Section Five Quagmire", 47 *UCLA L. Rev.* 653, 688 & n.175 (2000) (argumenta que "la Corte no ha ido tan lejos como para basar el derecho a la igual protección sólo en la perspectiva de la antidiferenciación", y que "sólo los jueces Thomas y Scalia han rechazado completamente el principio de la antisubordinación"); Randall Kennedy, "Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate", 99 *Harv. L. Rev.* 1327, 1335 (1986) ("En contra de las leyes que usan distinciones raciales para excluir a individuos negros de las oportunidades disponibles para los blancos, parecía que la subyugación racial podía superarse al ordenar la aplicación de leyes ciegas a raza. En retrospectiva, no obstante, parece que el concepto de ceguera a la raza fue simplemente un sustituto de la demanda fundamental respecto de que la subyugación racial debía erradicarse. Esta demanda, que maduró a través del tiempo ante un espectro de tipos distintos de oposiciones, se centró en la condición de la subyugación racial; su blanco no eran sólo los procedimientos que excluían abiertamente a los negros en base a la raza, sino también las dinámicas de subordinación que se auto-perpetuaban y que han sobrevivido al colapso del *apartheid* norteamericano." (nota al pie de página omitida)).

consecuencia de décadas de lucha sobre la implementación de *Brown*, y no es en sí misma una base de la decisión o de los primeros debates que generó.

Estos primeros debates sugieren razones acerca de por qué las luchas sobre la implementación de *Brown* produjeron el entendimiento generalizado de la tradición moderna de la igual protección, como estando fundada en la adopción de un principio de anticlassificación y en un rechazo de un principio de antisubordinación. En el centro de los argumentos acerca de la clasificación y del daño de grupo que se extendieron a través de décadas existen cuestiones de legitimidad: ¿en qué formas y en qué medida puede ser construida la Constitución como exigiendo una intervención en los asuntos de un grupo relativamente poderoso en nombre de un grupo menos poderoso? Los conflictos sobre esta cuestión hacen mucho para configurar la relación entre los reclamos acerca de la clasificación racial y la subordinación racial en la tradición moderna de la igual protección.

Dado que reconocemos el rol que dichos conflictos juegan en la interpretación constitucional, podemos empezar a desarrollar un mejor relato de las preocupaciones que configuran los contornos de la tradición moderna de la igual protección. Considerado en forma aislada, el principio de que es erróneo clasificar sobre la base de la raza no afirma una norma de conducta ni articula un complejo de valores que puedan representar el camino a lo largo del cual el derecho a la igual protección se ha desarrollado. El principio de anticlassificación como lo entendemos hoy en día es en cambio el artefacto de las luchas políticas sobre la implementación de *Brown*: la aplicación del principio varía en el tiempo y a través de las prácticas sociales debido a que el principio es, en los hechos, aplicado para reivindicar diferentes tipos de asuntos sociales. Los registros sugieren que, en algunos puntos de nuestra historia, los tribunales han empleado argumentos sobre la injusticia de la clasificación racial para expresar y ocultar una preocupación constitucional hacia las prácticas que establecen ciudadanía de segunda clase para los miembros de grupos sociales relativamente poco poderosos. Y en otros puntos de nuestra historia, los tribunales han utilizado argumentos sobre la injusticia de las clasificaciones raciales para obstruir, tamizar y limitar las expresiones constitucionales de dichas preocupaciones. El debate sobre la implementación de *Brown* muestra los modos complejos en los que las preocupaciones sobre la legitimidad llevaron a los tribunales a ocultar y a limitar un régimen constitucional que intervendría en los asuntos de los poderosos en nombre de los indefensos.

Como muestra el análisis de Frank Michelman –en este simposio– sobre la jurisprudencia de la igualdad en Sudáfrica,¹¹ un tribunal constitucional que desmantela un orden social de *apartheid* debe considerar la evolución de las relaciones de los grupos raciales, si con ello se trata de elaborar una jurisprudencia que pueda tender un puente entre el pasado racial de la nación y el futuro, de un modo que asegure la lealtad de todos sus ciudadanos. Este dilema está siempre presente en el propio lenguaje en el cual hablamos sobre el significado de *Brown*. La revisión de los primeros debates sobre *Brown* muestra el modo en que los conflictos sobre los esfuerzos para cambiar el orden racial de una sociedad configuran una jurisprudencia de la transición.

11. Véase Frank I. Michelman, "Reasonable Umbrage: Race and Constitutional Antidiscrimination Law in the United States and South Africa", 117 *Harv. L. Rev.* 1378 (2004).

La primera parte de este artículo revisa los primeros debates sobre *Brown*, para iluminar el modo en que las justificaciones de esta decisión basadas en principios se forjaron inicialmente en los debates sobre su legitimidad. En *Brown*, la Corte razonó del siguiente modo: “Separar [a unos niños] de otros con edades y calificaciones similares solamente debido a su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y mentes de un modo que difícilmente pueda repararse”.¹² Hoy podríamos centrarnos en las palabras “solamente debido a [la]... raza”, pero al tiempo de la decisión el debate se centraba en el reclamo de *Brown* sobre las formas en las que la segregación perjudicaba a los negros. La polémica surgió respecto de la evidencia de las ciencias sociales citada en la nota a pie de página número once de la decisión, en virtud de que los contemporáneos generalmente entendieron que *Brown* se basaba en juicios acerca del daño que la segregación causaba a los niños en edad escolar del grupo minoritario en cuestión. Los críticos sureños de la Corte cuestionaron la evidencia del perjuicio, y preguntaron airadamente qué perjuicios –y los perjuicios de quién– la Corte intervendría para reparar. La parte I considera este conflicto sobre *Brown* del modo en el que resonó en la comunidad jurídica académica en los debates sobre la obra de Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law” [*“Hacia Principios Neutrales de Derecho Constitucional”*].¹³ Reexaminando el debate sobre los Principios Neutrales, podemos ver que sus participantes –incluido Wechsler, quien célebremente cuestionó *Brown* y a los muchos académicos prominentes que defendieron la decisión– entendieron que *Brown* estaba preocupado por las cuestiones relativas al daño de grupo a menudo asociado a un contexto de antisubordinación. Al mismo tiempo, el debate iluminó las vulnerabilidades distintivas del discurso de la antisubordinación como lenguaje para justificar decisiones constitucionales controvertidas. La ansiedad y los conflictos ventilados en los debates sobre Principios Neutrales sugieren que la resistencia del Sur a *Brown* pudo haber jugado un rol importante en impulsar el cambio en la doctrina de la igual protección que va de la discusión sobre el daño de grupo hacia la discusión acerca de la clasificación. La presunción en contra de la clasificación era una forma ‘más fría’ [*‘cooler’*] de justificar *Brown*, debido a que podía ser empleada judicialmente sin un amplio debate sobre las razones acerca de por qué la segregación perjudicaba a los negros.

Sin embargo, como muestra la segunda parte de este texto, durante los años ‘60 –cuando la Corte expresó por primera vez la presunción general de que las clasificaciones raciales eran inconstitucionales–, el significado práctico de este compromiso era todavía rudimentario. Si el debate sobre la racionalidad de *Brown* jugó un rol en generar una justificación de la doctrina de la igual protección en términos de un principio de anticlasificación, el debate sobre su alcance ayudó a consolidar la autoridad del principio y sus consecuencias. Hacer referencia a los errores de la clasificación no era meramente una forma ‘más fría’ de justificar *Brown*; era simultáneamente una forma efectiva de limitarlo. La confluencia de estas conversaciones de relevancia política bastante destacada ayudó a producir el *Brown* de la anticlasificación que surgió en los años ‘60 y ‘70. Esta dinámica se expresó en un

12. *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483, 494 (1954).

13. Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959); véase *infra* sección I.C, pág. 99-106.

gran número de áreas: en cuestiones acerca del alcance de los remedios judiciales en el Sur; en la responsabilidad por la llamada discriminación *de facto* en el Norte, y en la cuestión acerca de si los agentes estatales estaban autorizados para corregir el desequilibrio racial ante la ausencia de una sentencia judicial, una cuestión que derivó en el debate moderno sobre las acciones afirmativas. Considero esto último en detalle, debido a que provee un contexto sencillo en el cual pueden apreciarse algunos de los valores dispares que configuraron la conversación sobre la anticlassificación del modo en que fue evolucionando durante los '60 y los '70, y porque recapitula en forma notable el debate sobre el perjuicio racial y la clasificación narrada en la primera parte.

La tercera parte presta atención al modo en que esta historia sobre principios y política constitucional modificó nuestra comprensión del derecho a la igual protección en la actualidad. Revisar los primeros debates sobre *Brown* tiene la virtud simple de recordarnos que, no obstante lo canónico que se haya vuelto *Brown* en el medio siglo transcurrido, el conflicto racial acalorado ha configurado el camino y la forma que la canonización de la decisión adoptó.¹⁴ La memoria de esta violencia se encuentra reprimida por la presunción de que la clasificación racial es inconstitucional. Los significados de esta presunción permanecen inestables, pues son el reducto de los conflictos sobre *Brown* que la nación tiene todavía que resolver. Si prestamos atención a las largas luchas sobre la implementación de *Brown*, podremos capturar mejor la falta de dirección y la contradicción del derecho a la igual protección, a fin de discernir los distintos modos en los que la antisubordinación y la anticlassificación son tanto amigos como contendientes. La historia muestra que los valores de la antisubordinación están contenidos en el origen del principio de anticlassificación. Estos valores han sido infinitamente refutados, a veces limitados, y con frecuencia amordazados. Los valores de la antisubordinación no son ajenos a la tradición moderna de la igualdad protección, sino una parte fundante de este concepto, aunque profundamente moderada por otros valores, incluyendo la necesidad de tener una Constitución que se dirija a todos.

La autoridad de la Constitución –su capacidad para hablar por y para todos– depende en una medida importante de las formas en las que crea una comunidad en conflicto, y encuentra su legitimidad bajo condiciones de desacuerdo. La flexibilidad y ambigüedad del lenguaje de la anticlassificación le han dado el poder para responder y para diferir preguntas acerca del significado de la Constitución,¹⁵ y a veces le han permitido reivindicar los compromisos de la antisubordinación en formas en las que no pudo hacerlo la discusión ‘más caliente’ sobre el daño de grupo. El artículo concluye reflexionando sobre cómo estas preocupaciones han dado forma a la reciente decisión de la Corte sobre las acciones afirmativas en el fallo *Grutter v. Bollinger*,¹⁶ y a otras características del derecho moderno de la igual protección.

14. A medida que *Brown* era canonizado, el conflicto sobre la decisión fue reconducido hacia un conflicto sobre su significado. Véase Brad Snyder, "How the Conservatives Canonized *Brown v. Board of Education*", 52 *Rutgers L. Rev.* 383, 389 (2000) (examina las dinámicas de canonización a través de la historia de las audiencias de nominación de la Corte Suprema); véase también Jack M. Balkin, "Introduction to What *Brown v. Board of Education* Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Landmark Civil Rights Decision", pág. 8-14 (Jack M. Balkin ed., 2001) (analiza las luchas políticas sobre el significado de la decisión).

15. Cf. Balkin & Siegel, *supra* nota 10 (demuestra cómo ha funcionado el discurso de la anticlassificación tanto para distorsionar como para racionalizar la estratificación social).

16. 123 S. Ct. 2325 (2003).

I. La justificación de *Brown*: los primeros debates sobre los daños constitucionalmente reclamables

En el derecho y en el debate popular, *Brown* es a menudo invocado como una decisión que prohíbe a los estados clasificar en base a la raza.¹⁷ Pero al recordar de esta manera a *Brown* razonamos desde un entendimiento que surge de las luchas sobre la aplicación de la decisión, más que de una comprensión que predominara al tiempo en que el caso fue decidido.

Cuando *Brown* fue dictado, los actores y comentaristas contemporáneos entendieron que la Corte había dado el paso trascendental de declarar que la segregación en la educación pública era inconstitucional. Sin embargo, no estaba claro el modo exacto en que la Decimocuarta Enmienda podría modificar la organización de las escuelas, o cómo afectaría muchas otras instituciones en los Estados Unidos en las cuales la raza jugaba un rol modelador.¹⁸

La opinión de la Corte en *Brown* fue leída y recibida como la opinión en *Lawrence v. Texas*¹⁹ del último término: como una intervención trascendental respecto de un conjunto de arreglos sociales controvertidos, cuya lógica última y aplicación práctica todavía permanecen confusas.²⁰ Ambas opiniones razonaron en formas que podrían llevar a impugnar las características vinculadas al estatus de otras instituciones y prácticas—incluyendo, más prominentemente, la institución del matrimonio—,²¹ aunque ninguno de los dos casos anunció una interpretación de la Decimocuarta Enmienda que abordara explícitamente prácticas distintas de aquellas directamente en cuestión.

La resistencia a *Brown* provocó discusiones continuas acerca de su justificación y su fundamento, no simplemente de su alcance. Las críticas al razonamiento de *Brown* se centraron en particular en la fundamentación de la Corte para desestimar *Plessy*:²² el reclamo de la Corte relativo a que la segregación perjudicaba a minorías en edad escolar. El Sur atacó implacablemente la autoridad de las ciencias sociales exhibida para respaldar

17. Véase, por ej., *Pers. Adm'r v. Feeney*, 442 U.S. 256, 272 (1979); véase también *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 322 (1980); *Parham v. Hughes*, 441 U.S. 347, 351 (1979).

18. Véase, por ej., Ernst Borinski, "A Legal and Sociological Analysis of the Segregation Decision of May 17, 1954", 15 *U. Pitt. L. Rev.* 622, 625 (1954); Paul G. Kauper, "Segregation in Public Education: The Decline of *Plessy v. Ferguson*", 52 *Mich. L. Rev.* 1137, 1151-52 (1954); véase también Michael J. Klarman, "An Interpretive History of Modern Equal Protection", 90 *Mich. L. Rev.* 213, 247 (1991).

19. Véase, por ej., Ernst Borinski, "A Legal and Sociological Analysis of the Segregation Decision of May 17, 1954", 15 *U. Pitt. L. Rev.* 622, 625 (1954); Paul G. Kauper, "Segregation in Public Education: The Decline of *Plessy v. Ferguson*", 52 *Mich. L. Rev.* 1137, 1151-52 (1954); véase también Michael J. Klarman, "An Interpretive History of Modern Equal Protection", 90 *Mich. L. Rev.* 213, 247 (1991).

20. La decisión en el caso *Lawrence* generó inmediatamente especulación sobre el rango de prácticas que la Corte podía considerar inconstitucionales. Véase, por ej., Linda Greenhouse, "Justices, 6-3, Legalize Gay Sexual Conduct in Sweeping Reversal of Court's '86 Ruling", *N.Y. Times*, 27 de June, 2003, pág. A1 (reporta la decisión de la Corte en *Lawrence* y analiza su alcance incierto); Frank J. Murray, "Sodomy Law Struck Down", *Wash. Times*, June 27, 2003, pág. A1 (igual); David Von Drehle, "A Debate on Marriage, and More, Now Looms", *Wash. Post*, 27 de June, 2003, pág. A1 (igual).

21. En el corazón de *Brown* había varias preguntas sobre las implicancias que la decisión tenía respecto del matrimonio; véase *infra* pág. 96-97. También las hubo en *Lawrence*. A pesar de que la opinión mayoritaria en *Lawrence* no trató las implicaciones de la decisión para la institución del matrimonio, los jueces O'Connor y Scalia se refirieron al tema en sus opiniones. Compare *Lawrence*, 123 S. Ct. en 2487-88 (O'Connor, J., concurriendo) con *id.*, pág. 2498 (Scalia, J., disintiendo).

22. 163 U.S. 537 (1896).

este reclamo, en la nota al pie de página número once de la opinión. Una puede seguir la disputa acerca de los argumentos sobre los daños en la forma en que éstos estructuran el debate sobre la nota al pie once, resuenan a través de la polémica sobre los Principios Neutrales de Herbert Wechsler,²³ y terminan proveyendo razones para que los tribunales adopten la presunción doctrinaria de que las clasificaciones raciales son inconstitucionales.

A. Lo que dijo *Brown*: *Brown*, *Bolling* y el lenguaje de la clasificación

Brown razonó acerca de la constitucionalidad de la segregación en la educación en términos dependientes del contexto. Sólo después de señalar explícitamente la importancia de la oportunidad educacional en la vida moderna²⁴ la Corte dictaminó que la segregación en las escuelas públicas era inconstitucional: “Separar [a unos niños] de otros con edades y calificaciones similares solamente debido a su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus en la comunidad que puede afectar sus corazones y mentes de un modo que difícilmente pueda repararse”.²⁵ La Corte justificó este argumento citando evidencia en el sentido de que:

La segregación de niños blancos y de color en escuelas públicas tiene un efecto perjudicial sobre los últimos. El impacto es mayor cuando tiene la aprobación del derecho, dado que la política de separar las razas es normalmente interpretada como un indicador de la inferioridad del grupo de los negros. Una sensación de inferioridad afecta la motivación del niño para aprender. La segregación con la aprobación del derecho, por lo tanto, tiene una tendencia a [retrasar] el desarrollo educacional y mental de los niños negros y de privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar integrado racialmente.²⁶

La Corte utilizó luego estas conclusiones para repudiar las partes de *Plessy* que sostenían que la segregación era permisible bajo la Cláusula de Igual Protección debido a que no ocasionaba un daño legalmente reclamable a los negros.²⁷ “Cualquiera que haya sido el nivel del conocimiento psicológico al momento de *Plessy v. Ferguson*,” razonó el presidente de la Corte Suprema Warren, “este hallazgo [de que la segregación perjudica a los negros] es ampliamente apoyado por las autoridades modernas.”²⁸ Justificó esta afirmación a través de la cita de evidencia de las ciencias sociales en la nota al pie número once de la opinión:²⁹ “Cualquier contenido en *Plessy v. Ferguson* contrario a esta conclusión es desestimado”.³⁰

23. Wechsler, *supra* nota 13, pág. 1; véase *infra* pág. 99-106.

24. Véase *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

25. *Id.* pág. 494.

26. *Id.* (alteraciones en el original) (cita una evidencia no reportada de un panel de tres jueces que decidió *Brown v. Board of Education*, 98 F. Supp. 797 (D. Kan. 1951)) (comillas internas omitidas).

27. *Plessy*, 163 U.S., pág. 550-51.

28. *Brown*, 347 U.S., pág. 494.

29. Véase *id.*, pág. 494, nota 11.

30. *Id.* pág. 494-95.

Es este pasaje de la opinión que ha sido leído como una declaración de que la Decimocuarta Enmienda prohíbe la acción estatal que clasifique en base a la raza,³¹ pero ninguna declaración en este sentido aparece en *Brown*. La omisión ciertamente parecería intencional. Al momento de la decisión existía una doctrina sobre la Quinta Enmienda que exigía un escrutinio estricto de las políticas del gobierno que clasificaran en base a la raza. *Korematsu* lo sostuvo así,³² y la Corte invocó esa decisión en el caso análogo a *Brown*, *Bolling v. Sharpe*,³³ que declaró que la segregación en los colegios públicos del Distrito de Columbia contravenía la cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda³⁴. Pero como advirtieron sus contemporáneos, el lenguaje de la clasificación estuvo notablemente ausente en *Brown*, un caso en el que se enfatizó que la segregación racial en las escuelas perjudicaba a los niños al causarles fuertes sentimientos de “inferioridad respecto de su estatus dentro de la comunidad”.³⁵ La decisión no condenó las clasificaciones raciales como tales; más bien, se dirigió a las consecuencias perjudiciales de separar a los niños en edad escolar en un contexto institucional específico.³⁶

Rápidamente la Corte dejó suficientemente en claro que la regla legal [*holding*] de *Brown* no era tan limitada. La Corte prohibió la segregación en el transporte público y en las instalaciones de recreación en varias decisiones *per curiam*,• que extendieron la regla de *Brown* más allá del contexto de la educación, pero no aclaró la base analítica que tuvo en cuenta para decidir en este sentido.³⁷ En aquel momento, algunos explicaron que las decisiones *per curiam* eran demostraciones de que la Corte estaba implícitamente importando

31. Véase, por ej., *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 39-40 (1982) (Rehnquist, J., disintiendo).

32. Véase *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

33. 347 U.S. 497 (1954).

34. Véase *id.*, pág. 500.

35. *Brown*, 347 U.S., pág. 494.

36. Varios analistas contemporáneos reconocieron que la Corte utilizó un razonamiento diferente en sus casos de la Quinta y Decimocuarta Enmienda. Véase, por ej., *Fayson v. Beard*, 134 F. Supp. 379, 381 (E.D. Tex. 1955) (“El Señor Juez Warren en uno de los Casos de Segregación Escolar (*Brown v. Board of Education*) expresó claramente la opinión de la Corte de que la igualdad en cuestiones materiales no era una respuesta completa a los problemas de la segregación en escuelas públicas, ya que a pesar de dicha igualdad, todavía existe una discriminación inconstitucional creada por la segregación en virtud del impacto de factores psicológicos o intangibles sobre los estudiantes segregados. En el otro Caso de Segregación Escolar, *Bolling v. Sharpe*, se dijo...: ‘Las clasificaciones basadas sólo en la raza deben estudiarse con un especial cuidado, dado que son contrarias a nuestra tradición y por lo tanto constitucionalmente sospechosas...’” (citando *Bolling*, 347 U.S. pág. 499)); véase también *infra* nota 38.

• N. de la T.: se habla de un fallo ‘*per curiam*’ (‘adoptado por la corte’) cuando la decisión de un tribunal colegiado no identifica la opinión individual de los jueces que la componen.

37. Véase *New Orleans City Park Improvement Ass’n v. Detiege*, 358 U.S. 54, 54 (1958) (mem.) (*per curiam*), *aff’g* 252 F. Supp. 2d 122 (5th Cir. 1958) (parques públicos y canchas de golf); *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903, 903 (1956) (mem.) (*per curiam*), *aff’g* 142 F. Supp. 707 (M.D. Ala. 1956) (micros entre distritos de un estado); *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879, 879 (1955) (mem.) (*per curiam*), revocado y devuelto 223 F.2d 93 (5th Cir. 1955) (campos de golf municipales); *Mayor and City Council of Baltimore City v. Dawson*, 350 U.S. 877, 877 (1955) (mem.) (*per curiam*), *aff’g* 220 F.2d 386 (4th Cir. 1955) (playas y baños públicos); *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass’n*, 347 U.S. 971, 971 (1954) (mem.) (*per curiam*), revocado y devuelto 202 F.2d 275 (6th Cir. 1953) (instalaciones recreativas municipales). Para una lista más exhaustiva de las decisiones de desagregación racial *per curiam* de la Corte, véase 2 Thomas I. Emerson et al., *Political and Civil Rights in the United States* 1249 (student ed. 1967).

la doctrina que prohíbe la clasificación racial al contexto de la Decimocuarta Enmienda.³⁸ No obstante, era lo suficientemente claro que la Corte no estaba actuando en el entendimiento de que todas las clasificaciones raciales eran inconstitucionales.

En el mismo período en el que la Corte decidió los casos *per curiam*, rechazó decidir una impugnación a una ley del estado de Virginia que prohibía los matrimonios interraciales.³⁹ Se aceptó ampliamente que la Corte estaba procediendo incrementalmente, evitando cualquier decisión que se comprometiera a un curso de acción que pudiera incitar a una mayor resistencia. Como lo señaló Edmond Cahn:

Las consideraciones estratégicas que subyacen a los casos *Brown* y *Bolling* son fascinantes. Aparentemente, los jueces consideraron que, al invalidar la segregación educacional, estaban consiguiendo lo suficiente para los propósitos presentes, y que las oportunidades de obtener cooperación por parte de los blancos sureños se reducirían si las decisiones pudieran verse influyendo, incluso de modo indirecto, en asuntos más amplios. Si éste es el modo en el que razonaron, uno debe elogiar aun más su sagacidad. De acuerdo con este razonamiento, *Plessy v. Ferguson* no debía ser perturbado excepto en lo que se relacionara con las cuestiones de educación pública.⁴⁰

La Corte parece haber estado especialmente interesada en no abordar cuestiones vinculadas con la constitucionalidad de las leyes que prohibían los matrimonios interraciales tan pronto después de *Brown*, en un momento en que los sureños denunciaban a *Brown* como un primer paso peligroso en un “programa social para la fusión de las dos razas”.⁴¹

38. Véase, por ej., Paul G. Kauper, “The Supreme Court and the Rule of Law”, 59 *Mich. L. Rev.* 531, 549 (1961); Wechsler, *supra* nota 13, pág. 32; véase también Note, “An Indigent Criminal Defendant Seeks an Appeal”, 36 *Ind. L.J.* 237, 246 n.45 (1961).

Pero la anticlassificación no fue el único modo, ni siquiera el dominante, de expresar la importancia de las decisiones *per curiam*. Varias personas explicaron las decisiones como preocupadas por prácticas que perpetuaban el estatus inferior de los negros. Véase, por ej., 2 Emerson, *supra* nota 37, pág. 1249; Ernst Borinski, “The Emerging Case Law in the Segregation Decisions of the Supreme Court of May 17, 1954, and May 31, 1955: Its Crystallization and Trends”, 17 *U. Pitt. L. Rev.* 416, 428 (1956); Jacob D. Hyman & Wade J. Newhouse, Jr., “Desegregation of the Schools: The Present Legal Situation”, 14 *Buff. L. Rev.* 208, 218 (1965); véase también *infra* pág. 95-99.

39. Véase *Naim v. Naim*, 350 U.S. 891, 891 (1955) (mem.) (*per curiam*), devuelto a 90 S.E.2d 849 (Va.), moción para remover mandato denegado *per curiam*, 350 U.S. 985 (1956) (mem.).

40. Edmond Cahn, “Jurisprudence”, 30 *N.Y.U. L. Rev.* 150, 153 (1955).

41. Tom P. Brady, *Black Monday*, pág. 64 (1955). Un columnista negro del Atlanta Daily World observó: “Cada argumento en contra de la decisión de la Corte Suprema del 17 de mayo de 1954, y cada argumento en contra de la integración que ha pronunciado el hombre blanco, es un argumento en contra del matrimonio interracial.” Dean Gordon B. Hancock, “Between the Lines: Interracial Marriage a False Alarm”, Atlanta Daily World, Apr. 12, 1956, pág. 4, citado en Anders Walker, “Legislating Virtue: How Segregationists Disguised Racial Discrimination as Moral Reform Following *Brown v. Board of Education*”, 47 *Duke L.J.* 399, 400 n.7 (1997).

Cuando *Naim* alcanzó la Corte luego de *Brown*, el tribunal decidió que “en vista de las dificultades provocadas por los casos de segregación, sería una política judicial sabia aplazar esta cuestión por un tiempo.” Dennis J. Hutchinson, “Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958”, 68 *Geo. L.J.* 1, 63 (1979) (cita un memo de Octubre de 1955 escrito por uno de los asistentes del juez Burton). Para un relato de la decisión de la Corte de aplazar la cuestión que presentaba *Naim*, véase *id.*, pág. 62-67.

(El Daily News de Jackson, Mississippi, recibió a *Brown* con la siguiente advertencia: “La coexistencia de niños blancos y negros en las mismas escuelas conducirá al mestizaje. El mestizaje conducirá a matrimonios interraciales y los matrimonios interraciales generarán una mezcla [*mongrelization*] de la raza humana.”)⁴² Como Alexander Bickel observó:

“Una sentencia que legitima leyes [prohibiendo los matrimonios interraciales] hubiera sido impensable dado el principio de los *Casos de Segregación Escolar*... Pero, ¿hubiera sido prudente declarar que los estados no pueden prohibir el matrimonio interracial, una cuestión sobre la cual la comunidad negra no estaba presionando con mucha fuerza, en un momento en que la Corte acababa de pronunciar su nuevo principio de integración, y cuando estaba sujeta a ataques procaces por parte de hombres que predicaban que la integración de las escuelas llevaría directamente a una ‘mezcla de la raza’?”⁴³

De esta manera, los contemporáneos apreciaron que la Corte en *Brown* no había adoptado un principio que prohibiera a los estados involucrarse en las clasificaciones raciales del estilo de las que podrían haber resuelto la cuestión del matrimonio interracial que la Corte difirió en *Naim*.⁴⁴ Existían quienes especulaban que *Brown* podía descansar en una regla acerca de las clasificaciones raciales, pero que pensaban que la Corte estaba procediendo de una manera contextual específica, determinando caso a caso si las clasificaciones raciales eran razonables.⁴⁵ En este período, las conversaciones más sostenidas acerca de los valores que podían guiar a la Corte en la determinación de qué prácticas violaban la Cláusula de Igual Protección tomaron la forma de una discusión sobre las justificaciones que la Corte podía invocar para su decisión en el mismo *Brown*.

B. *Brown*, *Plessy* y el lenguaje del daño: la resistencia masiva y la nota al pie de página once.

En los años luego de que la Corte decidiera *Brown*, lo que atrajo la mayoría de los comentarios y debates no fue el alcance incipiente del caso sino su fundamentación: la separación forzada de las razas era inconstitucional debido al perjuicio que causaba a

42. *Brown v. Board of Education: A Brief History with Documents* 204 (Waldo E. Martin Jr. ed., 1998) (cita “Bloodstains on White Marble Steps”, Daily News (Jackson, Miss.), May 18, 1954).

43. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, pág. 174 (2d ed. 1962).

44. Cf. Andrew D. Weinberger, “A Reappraisal of the Constitutionality of Miscegenation Statutes”, 42 *Cornell L.Q.* 208, 215 (1957). Para un análisis de la recepción sureña de *Naim*, véase Walker, *supra* nota 41, pág. 400 n. 7.

45. Véase Morris D. Forkosch, “American Democracy and Procedural Due Process”, 24 *Brook. L. Rev.* 173, 232 n.218 (1958); Patricia P. Shad, Note, “Constitutionality of Restricted Scholarships”, 33 *N.Y.U. L. Rev.* 604, 606 (1958). En una fecha tan tarde como en la mitad de 1960, los comentaristas percibieron que la Corte estaba procediendo de manera incremental. Véase Recent Developments, “School Board’s Effort To Reduce De Facto Segregation Upheld, *Balaban v. Rubin*”, 26 *Ohio St. L.J.* 140, 145 (1965).

los ciudadanos negros.⁴⁶ *Plessy* encontró razonable la acción estatal de segregación de razas en asuntos de intercambio social,⁴⁷ entre otras razones debido a que la segregación no “sellaba a la raza de color con una marca de inferioridad.”⁴⁸ En *Brown*, la Corte revisó aquella sentencia. Fue precisamente al encontrar que esa segregación perjudicaba a los niños negros en edad escolar que la Corte expresamente rechazó el razonamiento de *Plessy*.

Por esta misma razón, los sureños señalaron con una furia especial las pruebas de la ciencia social sobre el perjuicio de la segregación, mencionadas en la muy criticada nota a pie de página once de la decisión.⁴⁹ Los sureños atacaron los alegatos de *Brown* sobre los daños de la segregación en una variedad de registros. Los críticos impugnaron la credibilidad de la evidencia de la ciencia social como tal, argumentando que Kenneth Clark, quien condujo el famoso ‘estudios de muñecas’, había mentido estando bajo juramento; por lo tanto, sostuvieron, no existía una prueba válida para sostener el reclamo de hecho sobre el cual se fundó la decisión de *Brown*.⁵⁰ Al mismo tiempo, los sureños se opusieron a la Corte a través de la producción de evidencia científica que respaldaba el argumento de que era la integración, no la segregación, la que ocasionaba una variedad

46. En los años ‘60, el libro de texto más importante sobre derechos civiles sostenía que los comentarios académicos sobre *Brown* estaban centrados en su ‘tesis’ de que la segregación dañaba a los negros. Véase 2 Emerson, *supra* nota 37, pág. 1248; véase también *id.* pág. 1250. Para ejemplos de otros comentarios académicos en este sentido, véase *supra* nota 38, la cual analiza las opiniones *per curiam*; e *infra* sección I.C, pág. 99-106, que examina el debate de Wechsler.

En esta era, los tribunales todavía veían a *Brown* como una opinión referida al daño de estatus. Véase, por ej., *Olson v. Bd. of Educ.*, 250 F. Supp. 1000, 1006 (E.D.N.Y. 1966); véase también *Bynum v. Schiro*, 219 F. Supp. 204, 208 (E.D. La. 1963) (invalida la ley anti-mestizaje de Louisiana de 1956, citando *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 100 (1943)).

47. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 550-51 (1896).

48. *Id.*, pág. 551.

49. Véase en general Sanjay Mody, Note, “Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court’s Quest for Legitimacy”, 54 *Stan. L. Rev.* 793 (2002) (analiza la recepción de *Brown* en términos de los debates acerca de la dependencia por parte de la Corte de la literatura de la ciencia social).

50. Véase, por ej., R. Carter Pittman, “The ‘Blessings of Liberty’ v. The ‘Blight of Equality’”, 42 *N.C. L. Rev.* 86, 95-97 (1963) (acusa a Clark de perjurio en su testimonio en *Brown* y cita estudios competentes que demuestran que a los niños afroamericanos en escuelas segregadas les iba mejor que a aquellos en escuelas integradas). Para una defensa de Clark, véase Kenneth B. Clark, “The Desegregation Cases: Criticism of the Social Scientist’s Role”, 5 *Vill. L. Rev.* 224 (1960). Pero véase Ernest van den Haag, “Social Science Testimony in the Desegregation Cases—A Reply to Professor Kenneth Clark”, 6 *Vill. L. Rev.* 69 (1961) (critica el artículo de Clark).

Muchos de los críticos de *Brown* cuestionaron los motivos de Clark y de los otros científicos sociales cuyo trabajo citó la Corte en la nota al pie de página once. Con frecuencia sugirieron que Clark y sus colegas científicos sociales eran antipatrióticos, y tal vez incluso traidores. Véase, por ej., Herman E. Talmadge, *You and Segregation*, pág. 67 (1955) (ataca el uso por parte de la Corte de estudios de científicos sociales y se pregunta: “¿Quiénes... son estas autoridades? ¿Cuáles son sus antecedentes? ¿Cuál ha sido la naturaleza de su trabajo en este campo?... ¿En qué creen realmente?”); James F. Byrnes, “The Supreme Court Must Be Curbed”, *U.S. News & World Rep.*, May 18, 1956, pág. 50, 54 (declara que “los norteamericanos leales del Norte, Este, Sur y Oeste deben estar escandalizados de que la Corte Suprema revierta la ley de la tierra en base a ninguna autoridad, excepto la de algunos libros escritos por un grupo de psicólogos de cuyos méritos conocemos poco y sobre cuya lealtad hacia los Estados Unidos existen serias dudas”).

de daños sobre aquellos sujetos a ella.⁵¹ Al hacer esto, pusieron en cuestión la propia pregunta sobre el daño: ¿qué daños, y los daños de quiénes, eran relevantes para determinar el significado de la Constitución?

En los debates sobre *Brown*, ‘el daño’ fue el latiguillo que abarcaba los argumentos desarrollados en el registro empírico, científico y distintivo de la psicología, así como los argumentos sociológicos centrados en los aspectos de la dignidad y materiales de la subordinación. Pero ‘el daño’ puede referirse también a una variedad de otras lesiones. Por ejemplo, puede referirse a los efectos psíquicos de la amenaza al privilegio racial que implicaba la integración impuesta por ley. Al multiplicar los perjuicios a los que el derecho podía atender, se ponía en debate la pregunta de si aquellos que interpretan la Constitución deben tratar las lesiones basadas en la dignidad asociadas con la subordinación de grupo como daños de por sí reclamables constitucionalmente.

Los jueces sureños promovieron esta crítica en una serie de decisiones provocativas que ejercían una ‘resistencia masiva’ a nivel judicial.⁵² Si *Brown* se centró en la evidencia del daño, estos jueces harían sus propias conclusiones sobre el daño. Así, los jueces razonaron que las leyes que prohibían las relaciones interraciales no causaban daño; lo prevenían. Ésta fue la base sobre la cual la Corte Suprema de Apelaciones de Virginia convalidó su ley estatal que prohibía el matrimonio interracial en *Naim v. Naim*.⁵³ La Corte Suprema de Louisiana fue aun más abiertamente sarcástica: “los niños mestizos [*half-breed*]”, razonó, “tienen dificultades en ser aceptados en la sociedad, y no hay dudas que a los niños en dicha situación se les hace cargar, como se ha dicho en otro ámbito, con ‘un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus dentro de la comunidad que puede afectar sus corazones y mentes de un modo que difícilmente pueda repararse’”.⁵⁴

51. Véase, por ej., I.A. Newby, *Challenge to the Court: Social Scientists and the Defense of Segregation 1954-1966*, pág. 62-90 (rev. ed. 1969) (describe el uso del racismo científico por parte de los oponentes a *Brown*); Paul L. Rosen, *The Supreme Court and Social Science*, pág. 188-92 (1972) (analiza los intentos por parte de científicos raciales de demostrar que la integración de las escuelas públicas ocasionaba daño); Hon. William E. Doyle, “Can Social Science Data Be Used in Judicial Decisionmaking?”, *6 J.L. & Educ.* 13, 15 (1977) (señala que los segregacionistas “no son necesariamente consistentes en su crítica”, dado que “habiéndose quejado del uso por parte de los tribunales de la ciencia social como base para decisiones impopulares, algunos exhortaron a la Corte a que use una información contraria hipotética de la ciencia social, como para persuadir de dar una vuelta atrás”); cf. Abraham L. Davis, *The United States Supreme Court and the Uses of Social Science Data* 110-11 (crítica a los segregacionistas que objetaban que la Corte utilizase la ciencia social, mientras favorecían la implementación de acciones de relocalización escolar que requerían estudios psicológicos de niños negros en edad escolar que deseaban asistir a escuelas sólo para blancos).

52. Para un relato de la resistencia sureña a la decisión en *Brown*, véase Numan V. Bartley, *The Rise of Massive Resistance: Race and Politics in the South During the 1950's* (1969); Neil R. McMillen, *The Citizens' Council: Organized Resistance to the Second Reconstruction, 1954-64* (1971); *The Moderates' Dilemma: Massive Resistance to School Desegregation in Virginia* (Matthew D. Lassiter & Andrew B. Lewis eds., 1998); Raymond T. Diamond, “Confrontation as Rejoinder to Compromise: Reflections on the Little Rock Desegregation Crisis”, *11 Nat'l Black L.J.* 151 (1989); James L. Hunt, “*Brown v. Board of Education* After Fifty Years: Context and Synopsis”, *52 Mercer L. Rev.* 549 (2001); Jennifer E. Spreng, “Scenes from the Southside: A Desegregation Drama in Five Acts”, *19 U. Ark. Little Rock L. Rev.* 327 (1997); y Carl Tobias, “Public School Desegregation in Virginia During the Post-*Brown* Decade”, *37 Wm. & Mary L. Rev.* 1261 (1996).

53. 87 S.E.2d 749 (Va. 1955).

54. *State v. Brown*, 108 So. 2d 233, 234 (La. 1959) (énfasis agregado) (cita *Brown*, 347 U.S. pág. 494) (sostiene que los niños interraciales están tan cargados del oprobio social que el razonamiento en *Brown* dictaba la preservación de las leyes que imponían la segregación).

Otros tribunales limitaron la regla [*holding*] de *Brown* al enfatizar que las determinaciones fácticas sobre las que descansa se referían solamente a las consecuencias perjudiciales de la segregación en la educación.⁵⁵ Al establecer que la regla de *Brown* no puso en cuestión la segregación en playas y baños públicos, un tribunal de distrito federal en Maryland se basó en parte en el argumento de que “en la presente etapa de desarrollo social en el Estado de Maryland, la mayoría de los negros (pero no todos) están más tranquilos y se sienten más en casa entre los miembros de su propia raza, que en un grupo mixto de negros y blancos; lo mismo es cierto de los blancos”.⁵⁶ Si la Corte Suprema intentó dismantelar Jim Crow sobre la base de que perjudicaba a los negros, los blancos sureños demostrarían que el proyecto de dismantelar Jim Crow infligiría un daño en sí mismo, tanto a los negros como a los blancos.

Los sureños se sumaron a la conversación acerca del daño para demostrar que las afirmaciones sobre hechos sociológicos eran indeterminadas y parciales, y por lo tanto, constituían una base ilegítima para una decisión que cuestionaba la autoridad del derecho constitucional. Los críticos de *Brown* asediaron a la Corte, refiriéndose a sus jueces como “los nueve sociólogos”, y acusándolos de “escribir la ‘dinámica social’ de Gunnar Myrdal dentro de la Constitución.”⁵⁷ Cuando en 1957 la Legislatura de Georgia reclamó el juicio político de varios de los jueces de la Corte Suprema, condenó a *Brown* en razón de que la Corte “expresamente basó su determinación de los derechos de las personas de los varios estados soberanos de la unión norteamericana sobre las conclusiones psicológicas de Kotinsky, Brameld y Myrdal y su grupo, en lugar de las conclusiones legales de Taft, Holmes, Van Devanter, Brandeis y sus contemporáneos en el Tribunal.”⁵⁸ La Legislatura de Georgia repetía así el llamado Manifiesto Sureño, una “Declaración de Principios Constitucionales” firmada el año anterior por noventa y seis miembros del Congreso que cuestionaban que la Corte hubiera sustituido “el derecho establecido de la tierra por sus

55. Los tribunales razonaron de esta manera sobre cuestiones distintas a la constitucionalidad de las leyes en contra de la mezcla racial. Véase, por ej., *Flemming v. S.C. Elec. & Gas. Co.*, 128 F. Supp. 469, 470 (E.D.S.C. 1955) (establece que *Brown* no invalidó la segregación en el transporte público porque no puede decirse que tal segregación satisficiera el principio basado en el daño de *Brown*), rev'd per curiam, 224 F.2d 752 (4th Cir. 1955), cert. denied, 351 U.S. 901 (1956); *Lonesome v. Maxwell*, 123 F. Supp. 193, 205-06 (D. Md. 1954) (afirma que la segregación en las playas y los baños públicos no fue proscripta por *Brown*), rev'd sub nom. *Dawson v. Mayor & City Council of Baltimore City*, 220 F.2d 386, aff'd, 350 U.S. 877 (1955); véase también *New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege*, 252 F.2d 122, 123 (5th Cir.) (per curiam) (rechaza el reclamo del demandado de que bajo *Brown*, la cuestión de si la ciudad podía segregar un parque se focalizó en consideraciones psicológicas no tratadas en ese caso, requiriendo así una indagación fáctica que impedía una decisión en un proceso abreviado, aff'd per curiam, 358 U.S. 54 (1958); infra pág. 105-107 (analiza Stell).

56. *Lonesome*, 123 F. Supp. pág. 202.

• N. de la T.: se conoce como legislación Jim Crow al conjunto de normas –adoptadas principalmente por parte de estados sureños entre 1876 y 1965– que establecían un principio de separación legal en distintos ámbitos entre blancos y negros.

57. Herbert Garfinkel, “Social Science Evidence and the School Segregation Cases”, 21 J. Pol. 37, 37 (1959); véase también Lucas A. Powe, Jr., *The Warren Court and American Politics*, pág. 48 (2000) (observa cómo el uso de la ciencia social “dejó a la Corte vulnerable a la acusación del sur de haber abandonado el derecho”).

58. *Impeachment of Certain U.S. Supreme Court Justices*, J. Res. Gen. Assem. No. 100, H. Res. No. 174-554d 4 (Ga. 1957), <http://www.cviog.uga.edu/Projects/gainfo/1957resn-9.htm>.

propias ideas políticas y sociales”, denunciando a *Brown* como “el fruto que siempre se obtiene cuando los hombres sustituyen el derecho establecido por el poder bruto.”⁵⁹

C. La resistencia masiva y el debate sobre los “Principios Neutrales”

La fuerza de los ataques sureños sobre *Brown* se puede percibir en el famoso artículo de Herbert Wechsler sobre los Principios Neutrales, el cual enmarca el problema de la legitimidad judicial en un lenguaje similar al del Manifiesto Sureño.⁶⁰ Para “funcionar de una manera distinta a un órgano que ejerce un poder bruto,”⁶¹ Wechsler argumentó, una corte debe fundar sus sentencias en decisiones de principios:

“Una decisión basada en principios, en el sentido que tengo en mente, es aquella que se basa en razones con respecto a todos los asuntos en el caso, razones que en su generalidad y neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato que esté involucrado... De lo contrario, como señaló Holmes en su primera opinión para la Corte, ‘una constitución, en lugar de encarnar sólo reglas relativamente fundamentales de derecho,... se volvería partidaria de un conjunto particular de opiniones éticas o económicas...’”⁶²

La búsqueda de Wechsler de principios constitucionales “que se basen en razones... que en su generalidad y neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato” pareciera ser una búsqueda de razones que no tracen distinciones entre, o decidan casos con referencia a, grupos sociales identificables. Exhorta a que las decisiones constitucionales se funden en razones distintas que las de la ‘simpatía’ del intérprete por los reclamos de grupos sociales enfrentados:

El hombre que permite simplemente que su juicio se centre en el resultado inmediato puede no... advertir que su posición supone que los tribunales son libres para funcionar como un órgano de poder bruto, que ésta es una afirmación vacía para considerarlos, del modo ambivalente en que suele hacérselo, como tribunales de justicia. Si él pudiera saber que está desaprobando una decisión cuando todo lo que sabe es que ha apoyado un reclamo presentado por un sindicato o un contribuyente,

59. *The Decision of the Supreme Court in the School Cases - Declaration of Constitutional Principles*, 102 Cong. Rec. 4459, 4460 (1956) (declaración firmada por diecinueve Senadores y setenta y siete Diputados); véase también Snyder, *supra* nota 14, pág. 398 (“La evidencia más consistente de esta reacción adversa a *Brown* se dio en el Senado. En marzo de 1956, diecinueve de los veintidós senadores sureños y ochenta y dos de los ciento seis diputados sureños firmaron el Manifiesto Sureño, que denunció *Brown* como ‘un claro abuso del poder judicial’ y apoyó la resistencia ‘por cualquier medio legal’”).

60. Barry Friedman vincula el artículo de Wechsler a la reacción sureña hacia *Brown*, y brinda un rico relato del debate sobre la legitimidad que generó Wechsler. Véase Barry Friedman, “Neutral Principles: A Retrospective”, 50 *Vand. L. Rev.* 503 (1997).

61. Wechsler, *supra* nota 13, pág. 19. Philip Kurland también reprodujo la frase “poder bruto”, refiriéndose directamente a los críticos de la Corte. El activismo judicial “debe ser rechazado”, escribió, “porque el ejercicio de tal poder bruto invita a una respuesta del mismo tipo de aquellos en cuyo terreno se mete la Corte.” Philip B. Kurland, “The Supreme Court and Its Judicial Critics”, 6 *Utah L. Rev.* 457, 466 (1959).

62. Wechsler, *supra* nota 13, pág. 19 (tercera omisión en el original) (citando *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606, 609 (1903)).

un negro o un segregacionista, una corporación o un Comunista, estaría aceptando la proposición de que un hombre de una tendencia diferente pero con igual información podría, de manera igualmente acertada, aprobar la decisión.⁶³

Weschler concitó una atención considerable en círculos jurídicos del norte cuando se proclamó incapaz de encontrar un principio neutral sobre el cual la Corte podría haber decidido *Brown*. Lo que lo motivó a adoptar esta mirada fue el juicio de que en *Brown* la Corte se preocupó por los perjuicios sufridos por un grupo social en particular. La crítica de Wechsler de la opinión internalizó a un nivel muy profundo los cuestionamientos a *Brown* promovidos por los sureños. Weschler argumentó que la decisión de *Brown* no se basó en el descubrimiento fáctico de que “la separación daña a los niños negros que puedan estar involucrados,”⁶⁴ demostrando este punto mediante el ataque a la lógica de la nota a pie de página número once en términos que se asemejaban al razonamiento de los jueces sureños en el caso que acabamos de examinar.⁶⁵ Wechsler ofreció entonces su mejor visión de *Brown*: que la decisión descansaba en la perspectiva de que “la segregación racial es, en principio, una denegación de igualdad a la minoría contra quien está dirigida; esto es, el grupo que no es políticamente dominante y que, por lo tanto, no hace la elección en juego.”⁶⁶ Según el relato de Wechsler, entonces, *Brown* estaba preocupado por el daño de la subordinación de grupo: *Brown* condenó la segregación como una práctica mediante la cual un grupo con poder político le denegó un trato igual a un grupo carente de poder político. Fue este entendimiento de la antisubordinación de *Brown* el que, según Wechsler, no podía estar fundado en principios neutrales. Primero invocó *Plessy* para preguntar si las lesiones a la dignidad de la subordinación eran constitucionalmente reclamables en la justicia;⁶⁷ luego afirmó que una corte que se comprometiera a resolver un reclamo de subordinación basado en la dignidad estaría de hecho escogiendo entre las libertades asociativas (y reclamos hedonistas) de dos grupos.⁶⁸ Wechsler expresó este punto de la siguiente manera:

63. *Id.* pág. 12.

64. *Id.* pág. 32.

65. *Id.* pág. 32-33.

66. *Id.* pág. 33.

67. Véase *id.* (“¿Se justifica que la medida de la validez de la legislación sea el modo en que es interpretada por quienes son afectados por ella? En el contexto de la acusación de que la segregación *con servicios iguales* es una negación de la igualdad, ¿no hay un punto fuerte en *Plessy* cuando declara que si ‘la separación implementada imprime a la raza de color una marca de inferioridad’ ello es sólo porque sus miembros eligen ‘colocar dicha construcción sobre ella?’” (citando *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896))).

68. Véase *id.*, pág. 34 (“La pregunta formulada por la segregación apoyada por el estado no es para nada una pregunta sobre discriminación. Sus dimensiones humanas y constitucionales descansan completamente en otro lugar, en la negación por parte del estado de la libertad de asociación, una negación que impacta de la misma manera en cualquier grupo o raza que pueda estar involucrada.”); cf. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, pág. 268 (1992) (“Como la teoría del consenso de la cual surgió, la escuela de los principios neutrales buscó evitar tener que decidir si un grupo estaba victimizando a otro, dado que ello inevitablemente implicaba una evaluación sustantiva de la justicia de sus propios reclamos.”).

[S]i la libertad de asociación es denegada por la segregación, la integración fuerza una asociación sobre aquellos para quienes es desagradable o repugnante... Dada una situación en la que el Estado debe elegir en la práctica entre denegar la asociación a aquellos individuos que la desean o imponerla a aquellos que la evitarían, ¿existe una base en los principios neutrales para sostener que la Constitución exige que los reclamos de asociación deban prevalecer? Me gustaría pensar que existe, pero confieso que aún no he escrito la opinión. Escribirla significa para mí el desafío de los casos de segregación escolar.⁶⁹

Como más tarde observó Robert Bork, Wechsler enmarcó el problema de forma tal que *Brown* “requería una elección judicial entre gratificaciones opuestas a fin de encontrar un derecho humano fundamental. Visto de esta forma... no es susceptible de una resolución basada en principios.”⁷⁰

El desafío de Wechsler provocó una tormenta de respuestas. Una variedad de críticas destacadas intentaron demostrar que los reclamos de las personas negras y las personas blancas no eran commensurables, y que era posible hacer una elección basada en principios entre ellas; en un nivel más profundo, las críticas desafiaban la concepción de neutralidad que Wechsler había utilizado para impugnar la decisión de *Brown*. En un caso notorio, Louis Pollak se dispuso a reinterpretar *Brown* para satisfacer el cuestionamiento de Wechsler. Para minimizar la carga de probar hechos “sobre el asunto de la razonabilidad de las distinciones impuestas estatalmente entre blancos y negros, así como sobre la cuestión de si el perjuicio se acumula en cualquiera de los grupos a través de la imposición de separaciones,”⁷¹ Pollak leyó el fallo *Korematsu*⁷² y la nota a pie de página cuarta del fallo *Carolene Products*,⁷³ en el sentido de crear una presunción legal contra “todas las restricciones legales que limiten los derechos civiles de un grupo racial determinado”.⁷⁴ Invocando esta presunción para reducir la demostración fáctica requerida,⁷⁵ el resto de la opinión del *Brown* de Pollak se centró en señalar que los “efectos degradantes” de la legislación de Jim Crow imponían un tipo particular de perjuicio sobre los negros:⁷⁶ “Observamos que hay muy poco margen para dudar de que es la función de las leyes Jim Crow hacer de la identificación como negro una cuestión de estigma. Dicha denigración por parte del gobierno es una forma de lesión que la Constitución reconoce y contra la cual protege”.⁷⁷ Concluye observando que “fue ‘la existencia de prejuicios de blancos contra negros lo que condujo a la adopción de la cláusula de la igual protección’”.⁷⁸ Pollak,

69. Wechsler, *supra* nota 13, pág. 34.

70. Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Ind. L.J.* 1, 14 (1971).

71. Louis H. Pollak, “Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler”, 108 *U. Pa. L. Rev.* 1, 26-27 (1959).

72. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

73. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

74. Pollak, *supra* nota 71, pág. 27 (quoting *Korematsu*, 323 U.S. pág. 216) (comilla interna omitida).

75. Véase *id.*

76. Véase *id.*, pág. 27-28.

77. *Id.*, pág. 28.

78. *Id.* (cita *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 309 (1879)). Para observaciones relacionadas, véase la fuente citada *infra* nota 88.

en otras palabras, interpretó la Cláusula de Igual Protección como prohibiendo las políticas estatales que ocasionaban los tipos de daño en el estatus que los blancos habían infligido históricamente a los negros.

Pero incluso cuando Pollak remarcó que *Brown* podía ser justificado como una reivindicación de “los principios neutrales constitucionales,”⁷⁹ cuestionó el punto de Wechsler de que, para ser derecho, la Constitución tenía que ser construida en términos de principios que fueran neutrales respecto de la predominancia de grupo. “*Los principios constitucionales decisivos que son relevantes aquí son, en un sentido vital, no neutrales*”, argumentó Pollak.⁸⁰ “Las tres Enmiendas post-guerra civil fueron diseñadas para un fin principal –un fin respecto del cual sólo ahora estamos haciendo progresos sustanciales–: la completa emancipación del Negro[.]”⁸¹ La sociedad había adoptado la Cláusula de Igual Protección como la culminación de una guerra civil sobre la esclavitud negra, y por ende reivindicaría el valor constitucional de la igual protección precisamente en tanto y en cuanto emancipara a los negros de la esclavitud. En otras palabras, la reivindicación de los compromisos principistas en la historia podría muy bien involucrar la atención de grupos particulares.

Pollak fue seguido en esta visión por Charles Black, quien también interpretó la Decimocuarta Enmienda como conteniendo “un principio amplio de igualdad práctica para la raza negra, inconsistente con cualquier mecanismo que de hecho relegue a la raza negra a una posición de inferioridad”.⁸² Black entendía que la Decimocuarta Enmienda repudiaba las prácticas gubernamentales que imponían a los negros un estatus subordinado; *Brown* era de esta manera un caso fácil.⁸³ Black se refirió en forma firme a la importancia que el grupo tiene como parte del compromiso de la antisubordinación, afirmando que existían razones de valor así como también históricas para elaborar el significado de la igual protección en términos centrados en los reclamos de los negros: “Liberarse del mal masivo de la segregación supone una pérdida correspondiente de libertad por parte de los blancos, quienes ahora deben asociarse a los negros en acontecimientos públicos,” escribió, sugiriendo que existían “razones constitucionales para preferir los deseos de los negros de una participación mixta en la vida pública a los deseos de los hombres blancos de vivir una vida pública sin negros en su cercanía.”⁸⁴ Continuó: “[c]uando la directiva de la igualdad no puede ser seguida sin desagradar a los blancos, algo que podría ser llamado una ‘libertad’ de los blancos debe entonces debilitarse.”⁸⁵ Alexander Bickel coincidió con Pollak y Black, y razonó que la igualdad era un principio preocupado por las diferencias de estatus entre los grupos:

¿Qué es lo que está mal, en términos de generalidad y neutralidad, con el principio de que la elección legislativa a favor de una libertad de no asociarse está prohibida,

79. Pollak, *supra* nota 71, pág. 31.

80. *Id.* (énfasis agregado).

81. *Id.*

82. Charles L. Black, Jr., “The Lawfulness of the Segregation Decisions”, 69 *Yale L.J.* 421, 429-30 (1960).

83. Véase *id.*, pág. 421.

84. *Id.*, pág. 428.

85. *Id.*, pág. 429.

cuando la consecuencia de tal elección es colocar a uno de los grupos que constituyen nuestra sociedad en una posición de inferioridad permanente y humillante; cuando la consecuencia más allá de esto consiste en promover en los blancos, a través de la autoridad del Estado, sentimientos auto-perjudiciales y potencialmente violentos de superioridad racial...?⁸⁶

En resumen, el compromiso con un principio que contiene una particular elección de valores –por ejemplo, la oposición a las castas– podía conducir a aquellos que interpretan la Constitución a preferir los reclamos de asociación de los negros, a los de los blancos.⁸⁷ Como Pollak sostuvo luego, “los jueces deben identificar los valores en competencia; deben calcular el valor de las consecuencias de preferir un conjunto de valores en competencia sobre otro, y deben *elegir*”.⁸⁸

De esta manera, los académicos que defendieron los valores de la antisubordinación como una base legítima para elegir entre los reclamos de bienestar de blancos y negros estaban refutando la concepción de neutralidad de Wechsler.⁸⁹ Otros cuestionaron el estándar de neutralidad en sí mismo, argumentando que Wechsler había malinterpretado de manera fundamental la práctica judicial. “Adherir a principios neutrales, en el sentido de principios que no se refieren a elecciones de valor,” argumentaron Arthur Miller y Ronald Howell, “es imposible en el proceso de adjudicación constitucional”.⁹⁰ El derecho encarna fines o propósitos, contiene compromisos, valores y objetivos adoptados en contextos sociales concretos. Por esta razón, como Martin Shapiro observó, los principios jurídicos tenían relevancia en materia de grupo:

Es el borracho de la ciudad, y no el banquero, quien planteará caso tras caso la cuestión de la brutalidad policial. El litigante que ataque las prácticas de discriminación racial será generalmente un negro y su oponente en la sala de justicia será un blanco protestante norteamericano. La separación entre el

86. Bickel, *supra* nota 43, pág. 57.

87. Cf. *id.* pág. 60.

88. Louis H. Pollak, “Constitutional Adjudication: Relative or Absolute Neutrality”, 11 *J. Pub. L.* 48, 58 (1962); véase también *id.*, pág. 62.

89. En un artículo titulado “The Supreme Court Cannot Be Neutral”, Benjamin Wright preguntó impacientemente:

La Decimocuarta Enmienda fue sancionada para proteger los derechos de la minoría racial. Esto, al menos, es bastante claro. ¿Es el principio de los derechos de la minoría un principio ‘neutral’? Si es así, ¿qué minoría es protegida por ellos? ¿No hay distinciones que deban hacerse, y un orden de valores que deba defenderse? ¿El Sr. Wechsler quiso sugerir que todas las personas en los grupos raciales involucrados deben emerger con sus derechos de asociación indemnes a fin de que la acción de la Corte sea defendible o ‘neutral’?

Benjamin F. Wright, “The Supreme Court Cannot Be Neutral”, 40 *Tex. L. Rev.* 599, 607 (1962).

90. Arthur S. Miller & Ronald F. Howell, “The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication”, 27 *U. Chi. L. Rev.* 661, 664 (1960); véase también *id.*, pág. 687 (“La posición [de Wechsler y Henry Hart] está basada en una teoría sobre una armonía fundamental de intereses de todos los miembros de la comunidad norteamericana. Pero esto es precisamente lo que puede *no* estar presente en el litigio constitucional más importante, tal como las relaciones raciales, donde el desacuerdo es sobre los fines u objetivos y no sobre los medios o las estrategias para obtenerlos...”).

litigante y las causas que condujeron al litigio tiende a ser otra huída a la tierra de ficción en la que los asuntos jurídicos se presentan a sí mismos como desligados de las situaciones sociales y políticas.⁹¹

No obstante, incluso cuando una serie de académicos prominentes se levantó en defensa de *Brown*, e identificó muchos defectos en el modo en el que Wechsler razonó acerca del derecho a la igual protección y describió la práctica de la adjudicación constitucional, el diluvio de respuestas brindó una prueba de la urgencia de las cuestiones que él planteó. Wechsler había tocado un nervio medular. Su artículo y la cantidad de respuestas académicas que provocó sugieren que los ataques del sur surtieron efectos a la hora de poner en tela de juicio el razonamiento de *Brown*. El argumento relativo a que el uso por parte de la Corte de la evidencia de la ciencia social era arbitrario o parcial caló hondo, dado que conllevaba precisamente la objeción planteada por Wechsler, esto es, la objeción de que, al considerar como constitucionalmente importante la lesión a la dignidad que la segregación causaba a los negros, *Brown* prefirió injustificadamente los reclamos de bienestar de los negros por sobre los de los blancos. Black, Pollak y Bickel buscaron demostrar que esta preferencia era justificada; en su visión, la historia y el principio constitucional claramente aconsejaban las elecciones valorativas que el poder judicial debía hacer.

De todos modos, otros expresaban menor confianza en una jurisprudencia que pudiera hacer aquellas elecciones valorativas de forma tan transparente, dado el modo en el que los blancos sureños estaban desafiando la autoridad de la Corte para intervenir en las relaciones raciales de la región. Ya había sido suficientemente irritante el hecho de que la judicatura federal perturbara expectativas raciales profundamente arraigadas, al condenar antiguas prácticas de segregación; ¿por qué seguir provocando a los blancos sureños, al justificar la decisión sobre la base de que los principios constitucionales valoraban los tipos de reclamos que los negros estaban haciendo, por encima de aquellos promovidos por los blancos? Motivados por esta preocupación, algunos críticos favorables a *Brown* comenzaron a pedir por una nueva forma de razonamiento acerca de la constitucionalidad de la segregación racial, que protegiera a la Corte de la acusación de que había privilegiado los intereses de los negros por sobre los de los blancos. Como señaló un académico:

El profesor Pollak, así como otros, ha interpretado la opinión de *Brown* como apoyando la proposición de que la segregación racial en la educación niega a los negros la igual protección de las leyes únicamente debido a que los “perjudica”, al generar en ellos sentimientos de inferioridad. El profesor Wechsler ha reconocido que ésta es una construcción posible. Esta visión conduce a problemas difíciles, tales como si una legislatura puede balancear “daños” de esta naturaleza contra otros “daños” posiblemente causados a los blancos por la desegregación y concluir, de manera consistente con la Constitución, que la segregación causa “daños” menores, o que los niños negros serían más “dañados” por la desegregación que

91. Martin Shapiro, “The Supreme Court and Constitutional Adjudication: Of Politics and Neutral Principles”, *31 Geo. Wash. L. Rev.* 587, 597 (1963).

por una continuación de la segregación. Quizás la sola presencia de dichas dificultades respalde la adopción de la construcción alternativa aquí propuesta.⁹²

De modo similar:

Al presuponer que es necesario demostrar que la desigualdad en la segregación escolar es psicológicamente perjudicial, los defensores de los derechos civiles han, sin querer, debilitado la protección proporcionada por la Constitución. Los defensores de la segregación racial, desde la decisión de 1954, han argumentado que existe un perjuicio en la personalidad de los niños blancos forzados a mezclarse con personas que consideran odiosas. La Corte, al emplear el argumento psicológico en respaldo de su decisión, abrió el camino para esta especie de refutación. Sin embargo, estos críticos sostienen, la desigualdad está constitucionalmente prohibida sea o no perjudicial. La decisión, por lo tanto, debe estar basada en fundamentos constitucionales y no en la ciencia social.⁹³

En definitiva, había académicos que firmemente apoyaban la jurisprudencia sobre desegregación de la Corte, pero que igual tomaron seriamente las críticas de Wechsler. La Corte no podía permitirse basar su jurisprudencia sobre la igual protección en fundamentos que parecían elegir entre los reclamos de bienestar social de grupos sociales enfrentados.

Martin Shapiro se unió a estos reclamos por una jurisprudencia sobre la raza políticamente más atenta. Shapiro hizo hincapié en que para la Corte era muy importante ejercer su autoridad de modos que tomaran en cuenta la necesidad de preservar su propia legitimidad, y además reprochó a los críticos de Wechsler por estar poco atentos a dichas consideraciones: “[s]ería fantástico de hecho si la Corte Suprema, en nombre de una producción intelectual plausible, pudiera repudiar públicamente el mito sobre el que descansa su poder,” señaló Shapiro, observando cáusticamente que “[e]n la medida en que los escritos de los estandaristas [*standardists*] sean tomados como consejos a la Corte sobre cómo deberían ser escritas sus opiniones, parecieran constituir un buen asesoramiento político”.⁹⁴ En el relato de Shapiro, eran los realistas quienes eran cándidos:

Es cierto que aquellos que atacan el concepto de los principios neutrales lo hacen enfatizando el rol político de la Corte. Pero han estado tan fascinados por la Corte como actor político que se han olvidado de que también actúa políticamente influenciada. El hábito casi instintivo de ver a la Corte como una cosa aparte se reafirma en la preocupación acerca de qué es lo que la Corte puede hacerle a otros, pero no respecto de qué le pueden hacer los otros a ella. Aquellos que favorecen los principios neutrales *han* estado preocupados acerca de qué pueden hacerle los otros. Así, en muchas formas ellos han sido más perceptivos políticamente que sus oponentes...

92. Ira Michael Heyman, “The Chief Justice, Racial Segregation, and the Friendly Critics”, 49 *Cal. L. Rev.* 104, 110 (1961) (notas al pie de página omitidas).

93. Garfinkel, *supra* nota 57, pág. 42.

94. Shapiro, *supra* nota 91, pág. 601.

...Si la Corte aspira a ser exitosa como actor político, debe tener la autoridad y la aceptación pública que brindan los fundamentos principistas y razonados.⁹⁵

Shapiro concluyó:

Los defensores de la jurisprudencia nueva o política deben escuchar a sus opositores, no para contradecir sus argumentos apolíticos sino para tomar en cuenta los hechos políticos que dichos argumentos representan. Para ponerlo sin rodeos, el problema real es cómo debe la Corte Suprema perseguir sus objetivos de política pública (*policy*) sin violar aquellas expectativas populares y profesionales de “neutralidad”, las que son un factor importante en nuestra tradición jurídica y una fuente principal del prestigio de la Corte Suprema. Es en estos términos, y no en términos de la corrección filosófica, jurisprudencial o histórica del concepto de los principios neutrales, que el debate debería ser conducido ahora.⁹⁶

Como ha reconocido Shapiro, la Corte afirmó valores constitucionales en un contexto social concreto y así, inevitablemente, iba a actuar sobre la base de principios centrados en la predominancia de grupos [*group-salient principles*].⁹⁷ Este relato realista del proceso de decisión judicial identificó un desafío complejo para una institución cuya autoridad fue definida en parte importante por la expectativa de que se mantenía fuera de la política.

D. La resistencia masiva y el cambio del discurso del perjuicio al discurso sobre la clasificación

El modo en el que el ataque a la nota a pie de página número once resonó en los círculos académicos dramatizó la importancia de la justificación que la Corte ofreció para interferir con las instituciones segregadas en el sur. Estas preocupaciones parecen haber jugado un rol en el surgimiento de las discusiones sobre la clasificación en los años ‘60, el período en el cual la Corte comenzó a organizar la doctrina de la igual protección alrededor de la estructura del escrutinio estricto adoptado en *McLaughlin v. Florida*⁹⁸ y *Loving v. Virginia*.⁹⁹

En este período, la resistencia sureña a *Brown* no había disminuido. En el tribunal del Quinto Circuito, por ejemplo, un número de demandados buscó volver a litigar *Brown*, argumentando que la opinión de la Corte Suprema se apoyaba en una errónea determinación de los hechos. En *Stell v. Savannah-Chatham County Board of*

95. *Id.* pág. 603.

96. *Id.* pág. 605-06 (énfasis agregado). Para un conjunto amplio de respuestas a Shapiro, véase Jan G. Deutsch, “Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science”, 20 *Stan. L. Rev.* 169 (1968).

97. Véase *supra* pág. 103-104.

98. 379 *U.S.* 184 (1964).

99. 388 *U.S.* 1 (1967).

Education,¹⁰⁰ un tribunal del distrito de Georgia ganó notoriedad al conducir un juicio basado en tales reclamos, encontrando que la integración era más perjudicial que la segregación,¹⁰¹ y sosteniendo que “una clasificación basada en rasgos raciales directamente vinculados a la habilidad y a la salud mental es razonable dentro de la intención de las provisiones de igual protección de la Constitución.”¹⁰² A pesar de la opinión de la corte del Quinto Circuito refutando este desafío a *Brown*,¹⁰³ dichos reclamos continuaron.¹⁰⁴

En este clima, hubo una discusión abierta sobre el discurso de la clasificación en el sentido de que éste tenía la virtud de enfriar el debate. Un régimen constitucional que tratara la clasificación racial como presuntamente irracional legitimaría a *Brown*, al desviar la atención de la lucha social sobre los tipos de perjuicios a los cuales la doctrina de la igual protección debía ser sensible. Los defensores de esta visión, como Owen Fiss los describió en 1965, argumentaban a favor de interpretar la Cláusula de Igual Protección de acuerdo con “el principio más ‘neutral’ o ‘general’ de que la raza es una clasificación intrínsecamente arbitraria”.¹⁰⁵ Fiss rastreó “el principio de clasificación intrínsecamente arbitrario” en la presunción formulada por Louis Pollak en su lectura de *Brown* relativa a que una ley que “‘traza líneas raciales’ trata a las minorías raciales desigualmente”. Esta presunción estaba diseñada, como observó Fiss, con el fin de aliviar a la Corte “de la tarea de descansar abiertamente en el juicio empírico de que la segregación desaventaja a la minoría.”¹⁰⁶

Escribiendo para el tribunal del Quinto Circuito, el juez John Minor Wisdom, el gran arquitecto de la lucha contra la segregación en el sur,¹⁰⁷ suscribió esta recharacterización de *Brown* en su influyente opinión en el caso *Jefferson County*.¹⁰⁸ Al convalidar las pautas del Departamento de Salud, Educación y Bienestar para implementar el Título VI de la ley de Derechos Civiles de 1964, el juez Wisdom argumentó que los desafíos a las conclusiones de *Brown* acerca de los perjuicios de la segregación durante la década desde que la decisión

100. *220 F. Supp.* 667 (S.D. Ga. 1963) (determina que *Brown* se había centrado en evidencia fáctica de que la segregación provocaba un perjuicio a los niños afroamericanos; considera el peso de la evidencia de apoyo en *Brown* y la evidencia contradictoria presentada por los demandados en el caso en juego, y concluye que no había prueba creíble de que la segregación dañara a los niños negros.), rev'd, 333 F.2d 55 (5th Cir. 1964).

101. *Id.*, pág. 683-84.

102. *Id.* pág. 681.

103. Véase *Stell v. Savannah-Chatham County Bd. of Educ.*, 333 F.2d 55 (5th Cir. 1964).

104. Véase *Jackson Mun. Separate Sch. Dist. v. Evers*, 357 F.2d 653, 654 (5th Cir. 1966).

105. Owen M. Fiss, “Racial Imbalance in the Public Schools: The Constitutional Concepts”, 78 *Harv. L. Rev.* 564, 591 (1965).

106. *Id.*, pág. 591. Sobre el uso de la presunción por parte de Pollak, véase *supra* pág. 101.

107. Para relatos del rol del juez Wisdom en la lucha contra la segregación, véase David J. Garrow, “Visionaries of the Law: John Minor Wisdom and Frank M. Johnson, Jr.”, 109 *Yale L.J.* 1219 (2000); y fuentes citadas *infra* nota 108.

108 Véase *United States v. Jefferson County Bd. of Educ.*, 372 F.2d 836, 845-47 (5th Cir. 1966) (confirma los estándares de desegregación del Departamento de Salud, Educación y Bienestar a la luz de *Brown* y la ley de los Derechos Civiles de 1964). Para una discusión de la importancia histórica de *Jefferson County*, véase Jack Bass, *Unlikely Heroes*, pág. 297-310 (1981); Hugh Davis Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*, pág. 372-74 (1990), que analiza la importancia del caso, al dar inicio a una nueva era de implementación centrada en objetivos integracionistas; J. Harvie Wilkinson III, *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration, 1954-1978*, pág. 111-18 (1979); y Jack Bass, “John Minor Wisdom and the Impact of Law”, 69 *Miss. L.J.* 25 (1999).

fue pronunciada aconsejaban ahora un enfoque diferente, según el cual los tribunales condenaran “las separaciones raciales impuestas por el estado como una clasificación odiosa y sólo por esta razón... inconstitucional”.¹⁰⁹ Recurriendo a los trabajos de Wechsler, Pollak, Black y Fiss,¹¹⁰ así como a los precedentes de la Corte Suprema en los años después de *Brown*, el juez Wisdom observó:

La conclusión de *Brown I* relativa a que la segregación escolar causa daños psicológicos y deniega iguales oportunidades educativas no debería ser construida como la única base de la decisión. Interpretada de este modo, quedaría abierto el camino para que los defensores del *status quo* intentaran demostrar, en los hechos, que la integración podía ser perjudicial o el mal mayor entre dos males. Efectivamente, dicha mirada reducida de *Brown I* ha conducido a varios tribunales de distrito a equivocarse. Pensamos que la sentencia “debería haber descansado en la idea de que la segregación racial es, en principio, una denegación de igualdad a la minoría contra quien está dirigida.” La reparación que requiere *Brown II* se apoya en el reconocimiento del principio relativo a que la separación impuesta por el Estado en base a la raza es una clasificación odiosa, y por esa sola razón inconstitucional. Las clasificaciones basadas en la raza son especialmente sospechosas, dado que son “odiosas para las personas libres”. En suma, la separación compulsiva, el *apartheid*, es de por sí discriminatoria contra los negros.¹¹¹

Para el juez Wisdom, modificar el modo en el cual los tribunales expresaron el principio medular del derecho a la igual protección no reflejaba un cambio de valores, sino un juicio solemne sobre los mejores modos de reivindicar tales valores, cuando un número sustancial de ciudadanos estaba impugnando la legitimidad de la sentencia que trataba de darle a dichos valores una fuerza práctica. Debido a que “los defensores del *status quo*”¹¹² podían apropiarse del discurso del daño para defender ese *status quo*, Wisdom recomendó el uso del discurso de la clasificación para reparar los perjuicios a los cuales hacía referencia *Brown*. Al proponer caracterizar a la segregación como una clasificación odiosa “de por sí discriminatoria contra los negros,”¹¹³ el juez Wisdom estaba buscando terminar el debate sobre la racionalidad de *Brown* declarando que la segregación era de por sí un mal constitucional.

Así, en el período durante el cual la Corte Suprema adoptó el marco del escrutinio estricto y empezó a hacer hincapié en la clasificación como el núcleo de la violación a la igual protección en *Brown*, muchos entendieron la presunción en contra de la clasificación racial como una estrategia para aislar un cuerpo de derecho constitucional preocupado por el daño de estatus ocasionado sobre los negros contra las acusaciones incesantes de ilegitimidad jurisprudencial.

109. *Jefferson County*, 372 F.2d en 871-72.

110. Véase *id.*, pág. 871 & nn.73, 75-76.

111. *Id.*, pág. 871-72 (notas al pie de página omitidas) (citando Wechsler, *supra* nota 13, pág. 33; y *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944)).

112. *Id.* pág. 871.

113. *Id.* pág. 872; véase *id.* (“Un número de decisiones *per curiam* post-*Brown* que no se refieren a casos educativos deja en claro que el alcance amplio de su fundamento no está circunscripto a la necesidad de demostrar una desigualdad perjudicial hacia el individuo.”).

II. El alcance de *Brown*: los debates sobre la segregación de facto del norte en los años '60 y '70

Como hemos visto, en los años después de *Brown*, la resistencia masiva encendió un importante debate acerca del tipo de razonamiento que preservaría mejor la autoridad de la Corte para declarar el significado de la Constitución. Los ataques a *Brown* durante los años '50 no resonaron tan sólo en la academia; parecen haber desempeñado un rol importante en configurar el desarrollo de la doctrina de la igual protección durante los años '60, cuando la Corte comenzó a elaborar esta doctrina en el lenguaje en el cual todavía hoy está concebida. Por supuesto, es imposible decir cuán amplio fue el rol que el ataque a la nota a pie de página número once jugó en la decisión de la Corte de adoptar el marco del escrutinio estricto para analizar los reclamos de la igual protección. Lo que sí parece claro, sin embargo, es que al anunciar y aplicar el nuevo marco a dos casos que involucraban leyes que prohibían uniones interraciales, la Corte se abstuvo de discutir, como lo hizo en *Brown*, los daños a la dignidad que las leyes de Jim Crow infligían a los negros. El tratamiento de las clasificaciones raciales como presuntamente inconstitucionales, como la Corte hizo en *McLaughlin* y *Loving*, obviaba la necesidad de tales discusiones. Ése era el punto de la presunción.

De todos modos, incluso a medida que la Corte iba adoptando a mitad de los años '60 la presunción doctrinal de que la clasificación racial era inconstitucional, el discurso de la antclasificación no tenía las propiedades que desde entonces asociamos a él. En los años '60, las preguntas sobre la antclasificación y sobre los daños al estatus de grupo no constituyeron marcos distintos de análisis, como más tarde ocurriría. El discurso de la antclasificación alcanzó este nuevo significado sólo cuando se le pidió resolver una variedad de nuevas cuestiones en los conflictos sobre la implementación de *Brown* en el norte.

En la medida en que el debate acerca de la segregación escolar *de facto* suscitaba diferentes tipos de cuestiones para la doctrina de la igual protección, el debate condujo al discurso de la antclasificación a nuevas formas de conflicto. ¿Cómo se aplicó *Brown* en los distritos de las escuelas norteamericanas donde no existía una política abierta de distribución escolar basada en la raza, pero donde las escuelas estaban de todos modos segregadas? ¿Podían las autoridades educativas tomar medidas conscientes de la raza [*race-conscious*] para mejorar el balance racial? ¿Permitía esto la Constitución? ¿Requería esto la Constitución? El mandato judicial en contra de la clasificación en base a la raza adquirió su forma y sus características como principio en un contexto en el que los norteamericanos luchaban con cuestiones raciales espinosas como éstas.

En los debates sobre la segregación de facto en los años '60, uno puede ver el discurso de la antclasificación actuando tanto para avanzar como para limitar los propósitos de la antisubordinación. Ambos modos de razonamiento asumieron finalmente una forma familiar como principios argumentativos en los debates sobre las acciones afirmativas de principios de los años '70. Estos debates evocan las discusiones sobre la nota a pie de página número once en su atención a las cuestiones concernientes a la capacidad de respuesta de la Constitución a los reclamos en pugna sobre el daño de grupo, pero también ilustran a un nivel profundo la institucionalización del proyecto de *Brown* en las décadas transcurridas en el medio. Examinar las luchas sobre la clasificación y el perjuicio en los debates sobre

la segregación *de facto* de este período proporciona un marco revelador para la decisión del último período en el fallo *Grutter*.

A. La presunción contra las clasificaciones raciales: el daño al estatus en un nuevo giro idiomático

Para mediados de los años '60, la Corte tenía considerablemente mayor autoridad para dictar sus sentencias. La Corte había enfrentado desafíos directos en Little Rock.¹¹⁴ Los esfuerzos del movimiento de los derechos civiles para implementar y expandir *Brown* a través de boicots y sentadas generaron una violenta oposición en el sur, lo cual a su vez empezó a desacreditar la resistencia sureña y a generar apoyo al movimiento en el norte.¹¹⁵ Al continuar las protestas, una coalición con una amplia base bipartidista en el Congreso sancionó la Ley de los Derechos Civiles de 1964 [*Civil Rights Act*], que proporcionó a *Brown* una legitimación democrática y las herramientas prácticas para implementar la decisión.¹¹⁶ Estos cambios se vieron representados en la cultura popular: la novela de mayor venta en 1960, *Matar a un Ruiseñor*, de Harper Lee, ganó un Premio Pulitzer y fue adaptada en una película aclamada por el público. Más tarde en esa década, las representaciones en Hollywood de la amistad interracial (en el éxito televisivo *I Spy*, que debutó en 1965) y el romance (en el gran éxito de taquilla de 1967 *Guess Who's Coming to Dinner*) alcanzaron a

114. Véase *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

115. Para relatos de acciones de protesta del movimiento de los derechos civiles a principios de los sesenta, véase Adam Fairclough, *Better Day Coming: Blacks and Equality, 1890-2000*, págs. 241-47, 252-56, 273-79, 280-93 (2001), que describe las sentadas de 1960, las cruzadas por la libertad de 1961, las protestas en Birmingham de 1963, la Marcha de Washington de 1963, el *Freedom Summer*, y los esfuerzos para el registro electoral en Selma. Véase en general Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years 1954-63* (1988); Taylor Branch, *Pillar of Fire: America in the King Years 1963-65* (1998).

Como anticipó el movimiento de los derechos civiles, los esfuerzos sureños por reprimir las protestas beneficiaron al movimiento en el norte. Véase, por ej., Michael J. Klarman, "Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement", 80 Va. L. Rev. 7, 141 (1994) ("Las administraciones de Kennedy y Johnson fueron estimuladas a la acción cuando la nación—incluyendo especialmente a los blancos del norte—se horrorizó al observar el espectáculo de los funcionarios públicos del sur reprimiendo brutalmente las manifestaciones no violentas de derechos civiles. La nación se hizo consciente de manera dolorosa, a través de la inmediatez de la cobertura de la televisión, de los excesos crueles de Jim Crow; la respuesta fue una ola de indignación de que tal conducta pudiera ser tolerada a mitad del siglo veinte en los Estados Unidos"); véase también Michael Barone, *Our Country: The Shaping of America from Roosevelt to Reagan* 354 (1990) (menciona que Martin Luther King, Jr. "había descubierto cómo utilizar la televisión para hacer las protestas de los negros irresistiblemente atractivas para la gran mayoría de los norteamericanos, que eran indiferentes a la segregación cuando se mantenía distantes pero que la despreciaban cuando se veían forzados a presenciar las medidas no placenteras que eran necesarias para conservarla"); Robert J. Norrell, *One Thing We Did Right: Reflections on the Movement, in New Directions in Civil Rights Studies*, pág. 72 (Armstead L. Robinson & Patricia Sullivan eds., 1991) (indica que las imágenes televisadas de blancos sureños atacando a protestantes pacíficos "provocaron un rechazo masivo a la violencia racial que contribuyó inconmensurablemente a la causa de los derechos civiles").

116. Véase Graham, *supra* nota 108, pág. 141-45 (analiza la alianza inter-partidaria requerida para derrotar la obstrucción sureña a la Ley de los Derechos Civiles); *id.* pág. 373-74 (examina la implementación de las órdenes de desegregación bajo los Títulos IV y VI de la Ley de Derechos Civiles).

amplias audiencias.¹¹⁷ Con estos desarrollos legales, políticos y culturales, la Corte estaba lista para tratar las leyes que prohibían las relaciones interraciales que había evitado en los años ‘50.

Pero a pesar de que había adquirido autoridad para tratar la constitucionalidad de estas leyes que prohibían las relaciones interraciales, la Corte comenzó a hablar sobre la igual protección en una voz diferente y quizá más cautelosa. En dos casos que involucraban este tipo de leyes –uno que penalizaba la cohabitación interracial y el otro el matrimonio interracial–, la Corte anunció por primera vez que la igual protección exigía un escrutinio estricto de la acción estatal que clasificaba en base a la raza. El fallo *McLaughlin v. Florida*¹¹⁸ construyó el marco del escrutinio estricto sobre la base de doctrinas de larga data relativa a las clasificaciones razonables y los precedentes de la Quinta Enmienda que condenaban la clasificación racial. Reconstruidas de este modo, las sentencias sobre la igual protección se enfocaron ahora en la incorrección de las clasificaciones legislativas más que en el perjuicio de la segregación:

Normalmente, el legislativo tiene la más amplia discrecionalidad para determinar si atacar algunas de –en vez de todas– las manifestaciones del mal al que están dirigidas; y normalmente a este juicio se le da el beneficio de cada circunstancia concebible que pueda alcanzar para caracterizar la clasificación como razonable, en lugar de como arbitraria o indeseable... Pero tratamos aquí con una clasificación basada en la raza de los participantes, la cual debe ser vista a la luz del hecho histórico de que el propósito central de la Decimocuarta Enmienda consistió en eliminar la discriminación racial emanada de las fuentes oficiales de los estados. Esta política fuerte vuelve a las clasificaciones raciales “constitucionalmente sospechosas”, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. U.S., 347 U.S. 214, 216 [(1954)]; las sujeta al “escrutinio más rígido”, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 [(1944)]; y las hace “en la mayoría de las circunstancias irrelevantes” para alcanzar cualquier propósito legislativo constitucionalmente aceptable, *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 100 [(1943)].¹¹⁹

La Corte concluyó observando que “las clasificaciones raciales se han declarado inválidas en una variedad de contextos”, citando entre otros casos a *Brown*.¹²⁰

117. Véase Donald Bogle, *Primetime Blues: African Americans on Network Television*, pág. 115-25 (2001) (describe el éxito pionero de I Spy); Randall Kennedy, *Interracial Intimacies: Sex, Marriage, Identity, and Adoption*, pág. 104-08 (2003) (analiza la influencia cultural de *Guess Who's Coming to Dinner?*); Bryan K. Fair, “Using Parrots To Kill Mockingbirds: Yet Another Racial Prosecution and Wrongful Conviction in Maycomb”, *45 Ala. L. Rev.* 403, 403-04 (1994) (observa que el éxito comercial y crítico de *Matar a un Ruiseñor* se extendió hacia el sur). Mientras *Guess Who's Coming to Dinner? [¿Adivina quién viene a cenar esta noche?, dirigida por Stanley Kramer]*, que fue estrenada el año en que se decidió el caso *Loving*, es todavía la representación más conocida de Hollywood de un matrimonio interracial, la primera película en tratar el tópico fue *One Potato, Two Potato*, una película independiente estrenada en 1964. Véase Donald Bogle, *Toms, Coons, Mulattoes, Mammies, and Bucks: An Interpretative History of Blacks in American Films*, pág. 201 (1973).

118. 379 U.S. 184 (1964).

119. *Id.* pág. 191-92.

120. *Id.*, pág. 192 (citas omitidas).

Esta justificación para invalidar la ley en contra de las uniones interraciales era ‘fría’ antes que ‘caliente’. Transformó la cuestión constitucional en un problema acerca de la racionalidad instrumental de la regulación. Más aun, como lo entendió Louis Pollak, designar a la clasificación racial como una práctica ‘sospechosa’ y presuntamente inconstitucional, le quitó a la Corte la carga de analizar la lógica racial de la regulación en cualquier forma que no fuera fuertemente abstracta. Al invocar una presunción fuerte contra las clasificaciones raciales, la Corte pudo decidir *McLaughlin* sin analizar si el estado estaba generando perjuicios basados en la dignidad. (Compare el lector la cita de *Brown* en *McLaughlin* con el propio *Brown*, el cual declara que “[s]eparar [niños] de otros, con edades y calificaciones similares solamente debido a su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus en la comunidad que puede afectar sus corazones y mentes de un modo que difícilmente pueda repararse.”¹²¹) En *McLaughlin*, la Corte podría haber analizado los significados sociales expresados por la prohibición de la cohabitación interracial, o la importancia de extender la protección constitucional a las personas a quienes la prohibición les causó perjuicios en su dignidad, como lo había hecho en *Brown*. Hacer esto habría obligado a la Corte a describir el estatus que las relaciones imponían, y los daños al estatus infligidos por la prohibición de la intimidad interracial. Esto era el corazón explosivo del propio Jim Crow. Pero luego de una década de ataques a los reclamos basados en el daño asociados con la nota a pie de página número once, la Corte no utilizó este discurso en *McLaughlin*. En lugar de explicar que la prohibición de la intimidad interracial impuesta por la comunidad blanca menospreciaba a los negros, la Corte adoptó en cambio una regla contra la clasificación racial. La única señal de la ansiedad de la Corte sobre la recepción de su decisión fue su observación enfática de que la decisión que anunciaba el escrutinio estricto de una acción estatal basada en la raza no expresaba ninguna opinión sobre la constitucionalidad de las leyes que prohibían el matrimonio interracial.¹²²

Tres años después, en *Loving v. Virginia*,¹²³ la Corte finalmente encaró la pregunta que había estado evitando desde la decisión en *Brown* cerca de una década atrás. Al aplicar el test del escrutinio estricto que había inaugurado en *McLaughlin*, la Corte invalidó la ley de Virginia que prohibía el matrimonio interracial, fundándose fuertemente en la presunción en contra de la clasificación racial para alcanzar su conclusión de que la ley era inconstitucional.¹²⁴ Como en *McLaughlin*, la decisión en *Loving* se abstuvo de discutir

121. *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483, 494 (1954).

122. Véase *McLaughlin*, 379 U.S. pág. 195-96.

123. 388 U.S. 1 (1967).

124. La Corte en *Loving* estableció:

No puede haber dudas de que las leyes de Virginia que prohíben el matrimonio interracial descansan solamente en distinciones formuladas según la raza. Las leyes proscriben conductas generalmente aceptadas si se llevan a cabo por miembros de razas diferentes. A través de los años, esta Corte ha repudiado consistentemente “las distinciones entre ciudadanos basadas en sus ancestros” como “odiosas para la gente libre cuyas instituciones están fundadas sobre la doctrina de la igualdad.” *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 100 (1943). Como mínimo, la Cláusula de Igual Protección demanda que las clasificaciones raciales, especialmente sospechosas en leyes penales, estén sujetas al “escrutinio más rígido”, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944), y, si alguna vez se las confirma, se debe demostrar que son necesarias para la consecución de algún objetivo estatal

el modo en que la prohibición de las relaciones interracialles lesionaba a las personas o configuraba sus identidades. No obstante, *Loving* habló más directamente de la relación entre clasificación y casta que cualquiera de los casos subsiguientes de la Corte. La Corte declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio interracial, no sólo porque las clasificaciones raciales violaban el escrutinio estricto, sino porque también imponían un sistema de jerarquía racial: “Evidentemente no existe ningún propósito legítimo prioritario independiente de la discriminación racial odiosa que justifique esta clasificación. El hecho de que Virginia prohíba sólo los matrimonios interracialles que involucran a personas blancas demuestra que las clasificaciones raciales deben fundarse en su propia justificación, como medidas diseñadas para mantener la Supremacía Blanca”.¹²⁵

Al revisar su marco doctrinal para focalizarse en preguntas sobre las clasificaciones raciales, la Corte no había abandonado la preocupación por el daño al estatus que animó *Brown*. Pero había empezado a hablar de ello en un lenguaje diferente. La sentencia de la Corte sobre el significado social de la ley que prohibía las uniones interracialles –el argumento de que imponía la “Supremacía Blanca” – surgió a partir de una narrativa sobre lo insuficientemente inclusiva que era la ley cuando era juzgada desde el punto de vista de la racionalidad de medios y fines. La presunción en contra de las clasificaciones raciales, y la demanda por una racionalidad legislativa, proveyó un marco que permitió a la Corte abordar el daño del estatus de una manera que no estuviera sujeta a los tipos de crítica formulados en contra de *Brown*. Como observó un contemporáneo: “A diferencia de *Brown*, la opinión en *Loving* no hizo uso de las pruebas de las ciencias sociales disponibles”.¹²⁶ Cualquiera haya sido el rol que la década de los ataques a la nota al pie de página número once jugó en la decisión de la Corte de fundar la igual protección en una presunción en contra de las clasificaciones raciales, y en una demanda a favor de una racionalidad instrumental en el diseño legislativo, las decisiones de la Corte de los años ‘60 ya no estuvieron ancladas en un relato de entendimientos y relaciones sociales como lo había hecho *Brown*.

B. El debate sobre la segregación *de facto*: la construcción de un principio de anticlasificación

Hacia mitad de los años ‘60, la Corte había empezado a expresar el valor central de la igual protección como una presunción de que la clasificación basada en la raza era irracional,

permisible, independiente de la discriminación racial que la Decimocuarta Enmienda tuvo por fin eliminar. De hecho, dos miembros de esta Corte anteriormente han establecido que “no puede concebirse como un propósito legislativo válido... el que haga del color de piel de una persona el test de si su conducta es una ofensa penal.” *McLaughlin v. Virginia*, [379 U.S.] en 198 (Stewart, J., seguido por Douglas, J., concurriendo).

Id. pág. 11 (primera alteración y omisión en el original) (cita omitida).

125. *Id.* Hay otra referencia a la supremacía blanca en la opinión. Véase *id.* pág. 7 (“En *Naim*, la corte estatal concluyó que el propósito legítimo del Estado era ‘preservar la integridad racial de sus ciudadanos,’ y prevenir ‘la corrupción de la sangre,’ ‘una raza mestiza de ciudadanos,’ y ‘la destrucción total del orgullo racial’, obviamente un apoyo de la doctrina de la Supremacía Blanca.” (cita *Naim v. Naim*, 87 S.E.2d 749, 756 (Va. 1955))).

126. Norman Vieira, “Racial Imbalance, Black Separatism, and Permissible Classification by Race”, 67 *Mich. L. Rev.* 1553, 1595 (1969).

pero todavía tenía que elaborar las consecuencias de esta visión frente a una variedad de cuestiones que amenazarían la jurisprudencia de la igual protección de la década siguiente. En este período, el debate sobre el razonamiento de *Brown* ya no estuvo restringido a cuestiones vinculadas con su legitimidad y fundamentos: ¿qué perjuicios pudo haber considerado la Corte legítimamente al decidir *Brown*? Las preguntas formuladas al razonamiento de *Brown* se referían ahora a su alcance: ¿por qué perjuicios la Corte había dado reparación judicial cuando decidió *Brown*? Tales preguntas estuvieron presentes en los debates sureños sobre los remedios judiciales,¹²⁷ y continuaron al moverse hacia el norte los esfuerzos por implementar *Brown*, donde la segregación en las escuelas públicas no fue conducida por medio de políticas de distribución basadas explícitamente en la raza, y por ello fue apodada “*de facto*” en lugar de “*de iure*”.¹²⁸

¿Qué requería *Brown* en tales circunstancias? Si un distrito escolar no empleaba políticas de distribución basadas explícitamente en la raza, pero sus escuelas eran, no obstante, claramente identificables en términos raciales, ¿los consejos escolares serían todavía responsables constitucionalmente por tal segregación? Y después de *Brown*, ¿permitía la Constitución que el gobierno tomara medidas basadas en la raza para compensar un desequilibrio racial por el cual no era constitucionalmente responsable? Fue en estos debates que los procesos judiciales en contra de la clasificación en base a la raza empezaban a adoptar nuevos significados.

Por supuesto, tales debates no fueron conducidos en abstracto, como cuestiones acerca de las implicaciones doctrinales de un principio anticlasificador. En su lugar, el debate sobre las dudas constitucionales que planteaba la segregación *de facto* en el norte fue conducido como un debate acerca de la constitucionalidad de la segregación escolar que se refería, de modo continuo, a las prácticas de la clasificación racial. A medida que se exigía a los procesos judiciales en contra de la clasificación racial que se refirieran a estas nuevas cuestiones, ellas fueron adquiriendo nuevos significados. Cuando examinamos los debates, queda claro que la adopción por parte de la Corte de la presunción en contra de la clasificación racial no solucionó las preguntas planteadas por la discriminación *de facto*; en cambio, el debate sobre dichas preguntas vendría a moldear el significado de los procesos judiciales contra la propia clasificación.

1. La segregación escolar en el norte: la responsabilidad del estado por la discriminación “de facto”. A comienzos de los años ‘60, no estaba para nada claro cómo respondería la Corte a las preguntas sobre la responsabilidad constitucional por la segregación escolar en

127. Véase, por ej., Owen Fiss, “The Jurisprudence of Busing”, 39 Law & Contemp. Probs. 194, 200 (1975); Owen Fiss, “School Desegregation: The Uncertain Path of the Law”, 4 Phil. & Pub. Aff. 3, 19-26 (1974) [de aquí en adelante Fiss, “School Desegregation”] (argumenta que este lenguaje no debe tomarse en forma literal).

128. En discusiones de la época, el término ‘segregación *de facto*’ se utilizaba algunas veces para referirse a todas las formas de segregación o desequilibrio racial que no eran resultado de una política de asignación explícitamente racial; el término ‘segregación *de jure*’ hacía referencia a la segregación que fuera resultado de tal política. Algunas veces, sin embargo, la distinción *de jure-de facto* fue utilizada para expresar una conclusión jurídica acerca de la responsabilidad legal estatal respecto de las escuelas segregadas. Estoy empleando el primer entendimiento.

el norte. Existían formas múltiples y conflictivas en las cuales uno podía enmarcar el problema. Por ejemplo, uno podía hacerse una serie de preguntas acerca de *Brown*. *Brown* trataba sobre la responsabilidad constitucional de los distritos que utilizaban políticas de asignación basadas explícitamente en la raza; ¿cómo, si es que de algún modo, hablaba la opinión del caso sobre la cuestión de la segregación *de facto* en el norte? ¿Trató *Brown* los prejuicios de la separación racial como tales, o el caso se preocupó exclusivamente por los mensajes estigmatizantes y humillantes que las prácticas de asignación evidentemente raciales comunicaban? Incluso si uno sostiene la visión de que la opinión de *Brown* no se dirigió a los prejuicios de la separación racial como tal, uno todavía tendría que decidir si la separación como tal era un daño y en todo caso si era de magnitud constitucional. ¿Proveía *Brown* o alguna otra fuente constitucional un marco para elaborar una respuesta a estas preguntas? Para determinar la constitucionalidad de las políticas de asignación que separaron a los niños en virtud de su raza sin usar un criterio abiertamente basado en la raza, uno puede considerar la racionalidad de *Brown* y hacerse la pregunta que el caso planteó: ¿perjudicaban dichas prácticas a los niños negros en edad escolar? O uno puede concluir que *Brown* estaba preocupado por los únicos tipos de daños que deben ser importantes de acuerdo con el principio de la igual protección: los prejuicios característicos causados por la propia diferenciación de grupo intencional y abiertamente comunicada. O uno puede resistir toda esta línea de preguntas e indagar si, ante la ausencia de una política de asignación explícitamente basada en la raza, la segregación escolar debe en absoluto atribuirse causalmente a las acciones del estado. La segregación podía tal vez ser mejor entendida como la expresión de la elección de residencia de un ciudadano, una conclusión que entonces requería una indagación acerca del rol del estado en la configuración de la segregación residencial, y un debate sobre las obligaciones constitucionales del estado para responder a ella.

Los comentaristas y los tribunales se dividieron a lo largo de múltiples líneas para abordar tales cuestiones. Todo llevaba a pensar que *Brown* o la Cláusula de Igual Protección se referían, de alguna manera, a la cuestión de las escuelas norteñas, pero el problema fue presentado de una manera bastante diferente. Como veremos, en dichos debates los comentaristas podían tomar la visión de que lo que importaba bajo la Constitución eran las políticas de asignación explícitamente basadas en la raza, o sólo la clasificación, pero podían sostener dicha visión debido a que no entendían que las escuelas que habían resultado segregadas sin tales políticas causarían un perjuicio. Esa conclusión podía ser un juicio sobre hechos sociales (comprobables por referencia a la literatura de la ciencia social sobre el aprendizaje, o a entendimientos comunes sobre el significado social de la propia separación), o podía ser un juicio acerca de los tipos de lesiones que *Brown* abordó o debió haber abordado.

La presunción constitucional contra la clasificación racial anunciada en *McLaughlin* y *Loving* simplemente no tuvo el poder de contestar dichas preguntas. La presunción de que la clasificación racial era inconstitucional, ¿debía también funcionar como un principio limitador de la responsabilidad? ¿Bajo qué fundamentos? Si la clasificación racial estaba constitucionalmente prohibida porque dañaba a los negros, podía argumentarse que la Constitución prohibía otras prácticas regulatorias que no fueran motivadas racialmente pero que también perjudicaban a los negros. Y, como observó la Comisión sobre los

Derechos Civiles de los Estados Unidos en 1963, “si se encuentra que el desequilibrio [racial] queda comprendido en los principios declarados en los *Casos de Segregación Escolar*, entonces los tribunales deberán decidir qué nivel de concentración de alumnos de grupos minoritarios dentro de la escuela es ilegal”.¹²⁹

En los años ‘60, existieron ciertamente tribunales y comentaristas que adoptaron lecturas expansivas de *Brown* y teorías elaboradas de responsabilidad para limitar a las escuelas de los distritos del Norte.¹³⁰ Pero más interesante para nuestra discusión son aquellos que adoptaron posiciones en el debate sobre el significado de *Brown* que transformaron el mandato judicial en contra de la clasificación racial en un principio que limitaría la responsabilidad del gobierno por la segregación *de facto*, al enfatizar que la clasificación racial era el tipo de daño paradigmático por el cual la doctrina de la igual protección se preocupaba, o debía preocuparse.

129. United States Commission on Civil Rights, *Civil Rights ‘63*, pág. 55 (1963).

130. Dos artículos frecuentemente citados que defienden teorías más amplias de responsabilidad son Fiss, *supra* nota 105, pág. 583-86, 588, 598, y Robert Allen Sedler, “School Segregation in the North and West: Legal Aspects”, 7 *St. Louis U. L.J.* 228, 232-33, 247 (1963).

Un caso temprano que pareció señalar la posibilidad de una responsabilidad amplia por la segregación en los distritos escolares del norte que carecían de políticas explícitas de distribución racial fue *Taylor v. Board of Education*, 191 *F. Supp.* 181 (S.D.N.Y. 1961), el cual advirtió que “la obediencia hacia el fallo de la Corte Suprema no debía ser menos directa en el norte que en el sur.” *Id.*, pág. 187. Un comentarista caracterizó la decisión, que se refirió al sistema escolar de New Rochelle, New York, como descansando en la idea de que “los consejos escolares no podían... adjudicar la responsabilidad por la segregación de las escuelas exclusivamente a los patrones residenciales, si ellos refuerzan tales patrones por sus propias acciones o ‘inacción culpable’”. Will Maslow, “De Facto Public School Segregation”, 6 *Vill. L. Rev.* 353, 359 (1961). Hacia mediados de los años ‘60, varios tribunales habían afirmado que, bajo ciertas circunstancias, existía un deber constitucional de aliviar el desbalance racial incluso cuando no era producto de una acción estatal motivada racialmente. Véase *Barksdale v. Springfield Sch. Comm.*, 237 *F. Supp.* 543, 546-47 (D. Mass. 1965), revocado y devuelto con orden de sobreseer sin prejuicio, 348 *F.2d* 261, 266 (1st Cir. 1965); *Blocker v. Bd. of Educ.*, 226 *F. Supp.* 208, 229 (E.D.N.Y. 1964); *Branche v. Bd. of Educ.*, 204 *F. Supp.* 150, 153 (E.D.N.Y. 1962); véase también *Hobson v. Hansen*, 269 *F. Supp.* 401, 497, 506-08 (D.D.C. 1967) (analiza la segregación *de facto* y la necesidad particular de un escrutinio judicial elevado de los juicios legislativos y administrativos que perjudican a las minorías raciales y a los pobres). Véase en general Harold W. Horowitz, “Unseparate but Unequal - The Emerging Fourteenth Amendment Issue in Public School Education”, 13 *UCLA L. Rev.* 1147, 1154 (1966) (se pregunta si la responsabilidad de los consejos escolares por la segregación *de facto* está limitada a circunstancias en las que el desbalance o la desigualdad son producto de un propósito discriminatorio, y concluye que no).

En su opinión en *Jefferson County*, el juez de la Corte Wisdom vinculó de manera aprobatoria estas decisiones con *Brown*:

“... La decisión principal en *Brown*, que no se explica por su razonamiento subyacente, requiere no más que la decisión en *Bell [v. School City]*, 213 *F. Supp.* 819 (N.D. Ind. 1963), en el sentido que no hay un deber de aliviar disparidades ante la ausencia de acción estatal racialmente motivada, pero cuando es iluminada por ese razonamiento, permite el resultado en *Barksdale* y puede exigir dicho resultado.” Al menos, como lo vio el tribunal de *Barksdale*, existe un deber de integrar en el sentido de que la integración es un objetivo educacional al que debe darse una alta prioridad, entre las varias consideraciones involucradas en la administración adecuada de un sistema plagado de escuelas segregadas *de facto*.

United States v. Jefferson County Bd. of Educ., 372 *F.2d* 836, 875 (5th Cir. 1966) (nota al pie de página omitida) (cita a George W. Gillmor & Alan L. Gosule, “Duty To Integrate Public Schools? Some Judicial Responses and a Statute”, 46 *B.U. L. Rev.* 45, 57 (1966)), *aff’d per curiam* on rehearing en banc, 380 *F.2d* 385 (5th Cir. 1967).

Si bien es imposible hacer un relevamiento del vasto cuerpo de casos decididos y artículos escritos en revistas especializadas durante los años '60 que trataron la responsabilidad del gobierno por la segregación *de facto*, un ejemplo temprano merece ser examinado para apreciar el modo en que un cambio en las preguntas formuladas a *Brown* podía darle a la orden en contra de la clasificación unos nuevos, aunque inestables, significados. Examiné un artículo escrito por John Kaplan en 1964,¹³¹ en parte debido a su influencia en el debate de los años sesenta y en parte debido a que anticipó astutamente el marco que la Corte adoptaría para manejar dichas cuestiones una década después.¹³² En el artículo de Kaplan, podemos ver el modo en que las preocupaciones respecto del daño a los negros dieron forma a las conversaciones sobre la clasificación en un período durante el cual el daño de grupo y la clasificación no se entendían como esferas distintivas de preocupación, como lo serían en la formulación de la doctrina del propósito discriminatorio en los '70.

2. “*Separación por clasificación*”: *el rol del discurso de la clasificación en restringir la responsabilidad del gobierno*. A principios de los años '60, los abogados de la NAACP• habían presentado numerosas demandas desafiando las políticas de asignación vecinal por ser violatorias de la igual protección, debido a que privaban a los niños negros en edad escolar del derecho a asistir a escuelas integradas o “balanceadas”.¹³³ El debate se centró en la cuestión de si *Brown* confería tal derecho. John Kaplan desafió la teoría subyacente a dichas demandas en un influyente artículo que aplicó la propuesta de Pollak de que la doctrina de la igual protección debía estar estructurada sobre una presunción en contra de la clasificación¹³⁴ a esta nueva cuestión constitucional, la cuestión del alcance de *Brown* en el norte. Mientras que Pollak propuso basar *Brown* en una presunción doctrinal contra la clasificación racial para defenderlo del reclamo de que la decisión se apoyaba en pruebas ‘sociológicas’ defectuosas, parciales o falsas,¹³⁵ Kaplan llevó ahora este entendimiento de *Brown* hacia nuevos extremos.¹³⁶ El examen del argumento de Kaplan ilustra el modo en que el debate sobre la segregación *de facto* se consolidó y ayudó a dar forma a las interpretaciones de *Brown* como un caso que prohibía la clasificación racial.

A diferencia de Pollak, cuando Kaplan enfatizó que *Brown* prohibía la clasificación en base a la raza, no estaba buscando proteger el argumento de la decisión relativo a que la

131. John Kaplan, “Segregation Litigation and the Schools - Part II: The General Northern Problem”, 58 *Nw. U. L. Rev.* 157 (1964).

132. Véase *Keyes v. Sch. Dist. No. 1*, 413 U.S. 189 (1973).

• N. de la T.: la autora se refiere a la ‘National Association for the Advancement of Colored People’ (NAACP), la principal organización civil defensora de los derechos de las personas de raza negra en los Estados Unidos.

133. Véase, por ej., *Bell*, 213 F. Supp. pág. 820. Para extractos de la queja en este caso, véase Kaplan, *supra* nota 131, pág. 158. Al momento de la decisión del caso *Bell* en 1963, existían más de veinticinco casos pendientes que cuestionaban la segregación escolar en distritos sin una política oficialmente articulada de segregación, sosteniendo que cualquier segregación causalmente atribuible a la acción de los consejos educativos era inconstitucional. *Id.* pág. 157-58.

134. Véase Kaplan, *supra* nota 131, pág. 168 (analiza los argumentos de Pollak).

135. Véase *supra* pág. 101-103.

136. Véase Kaplan, *supra* nota 131, pág. 176.

segregación perjudicaba a los negros del cuestionamiento por parte de los blancos sureños; más bien, estaba intentando especificar el tipo de perjuicio para el cual *Brown* dio reparación judicial, para limitar así el alcance de la decisión en el Norte. Con estas preocupaciones en mente, Kaplan razonó acerca de *Brown* de una forma bastante diferente a Pollak, Black y otros defensores académicos de fines de los años '50. *Brown*, argumentó Kaplan, no se basó en el descubrimiento de “evidencia psicológica y sociológica relativa a que las escuelas segregadas eran perjudiciales para los niños negros y que, por lo tanto, eran inconstitucionales”.¹³⁷ En cambio, Kaplan sostuvo que el perjuicio por el cual *Brown* ordenó una reparación era “la separación por clasificación”. Si “*Plessy* afirmó que las clasificaciones raciales no ofendían la Constitución en tanto y en cuanto no causaran algún tipo de perjuicio”, sostuvo Kaplan, “*Brown* afirmó que el daño era necesariamente inherente a la separación por la clasificación racial en la educación, y los casos subsiguientes dispensaron de la necesidad de demostrar todo daño en la medida en que las clasificaciones raciales fueran implementadas por la autoridad del estado”.¹³⁸ Una escuela de distrito segregada sin dichas clasificaciones formales no causaría el mismo perjuicio, debido a que en *Brown* “fue el tratamiento diferencial brindado a los negros como negros, y no la desigualdad de los servicios [*facilities*], lo que había violado la Decimocuarta Enmienda”.¹³⁹ Kaplan, en otras palabras, argumentó que *Brown* se refería sólo a las lesiones estigmatizantes infligidas a través de prácticas de asignación racial y que, por el contrario, no estaba preocupado por los daños que el gobierno podría causar por medio de una distribución desigual.

A partir de esto, Kaplan se dedicó a contestar el argumento que los demandantes afro-americanos ofrecieron en varios desafíos pendientes a la segregación en las escuelas del Norte, según el cual “cuando las escuelas son asignadas geográficamente sobre la base de la residencia, un niño negro en una escuela donde asisten sólo negros sufre el mismo perjuicio que cuando la asignación se efectúa directamente en base a la raza”.¹⁴⁰ Moviéndose todo el tiempo entre un análisis sociológico y jurídico de este argumento, Kaplan sostuvo que *Brown* y las decisiones *per curiam* no proveían una reparación para *este* tipo de perjuicio, y que incluso si la prueba sociológica podía ser acomodada para respaldar un reclamo a favor de una reparación constitucional, el reclamo no debía recibir protección constitucional.¹⁴¹

La afirmación de Kaplan de que la preocupación de *Brown* se refería al perjuicio de la clasificación coincidía con lo manifestado por el juez Wisdom en el mismo sentido (en *Jefferson County*, el Juez Wisdom de hecho citó el artículo de Kaplan¹⁴²), aunque el argumento de Kaplan era muy diferente en su importancia sociopolítica. En los debates sobre la segregación *de facto* del norte, el argumento de que *Brown* versaba sobre la

137. *Id.* pág. 171.

138. *Id.* pág. 173.

139. *Id.* pág. 171.

140. *Id.* pág. 174.

141. Véase *id.* pág. 174-88.

142. Véase *United States v. Jefferson County Bd. of Educ.*, 372 F.2d 836, 871 nn.75-76, 875 n.85, 876 n.87, 880 n.94 (5th Cir. 1966). Para la posición del juez Wisdom sobre la cuestión de la responsabilidad de los distritos del norte por la disparidad racial que no era producto de políticas de distribución racialmente motivadas, véase *supra* nota 130.

clasificación racial tuvo como efecto denegar el reconocimiento constitucional de los reclamos de lesiones promovidos por los demandantes que cuestionaban la segregación, cuando tal segregación era producida por políticas de asignación basadas en la 'residencia' u otro criterio formalmente neutral. Esta lectura restrictiva de *Brown* no fue en modo alguno evidente, y Kaplan trabajó para justificar su afirmación de que *Brown* sólo estaba preocupado por un tipo particular de daño, el daño que surgía de la separación por la clasificación, y de las políticas de distribución tácitamente diseñadas con el propósito de separar estudiantes por su raza.¹⁴³ *Brown* prohibió sólo estas formas de acción estatal, argumentaba Kaplan, porque sólo ellas "'causan sentimientos de inferioridad' en los niños negros".¹⁴⁴ En suma, Kaplan derivó la responsabilidad del gobierno por la discriminación encubierta e intencional de una visión particular del tipo de perjuicio causado por el estado que la doctrina de la igual protección debía vigilar: el tipo de afrenta en la dignidad causada por un orador cuyo propósito es comunicar una falta de respeto.

La lectura que Kaplan hizo de *Brown* solucionaba el problema de la discriminación *de facto* en base a argumentos que anticiparían el análisis por parte de la Corte Suprema en los años '70, en casos como *Keyes v. School District No. 1*¹⁴⁵ y *Washington v. Davis*.¹⁴⁶ De todos modos, esta formulación temprana del marco de la clasificación y el propósito estaba más preocupada por justificar restricciones sobre los tipos de daños que la Cláusula de Igual Protección prohibía, de lo que lo estarían los casos de la Corte Suprema de los años '70.¹⁴⁷ El argumento de Kaplan es instructivo, no sólo porque muestra los primeros esfuerzos por justificar los límites sobre los tipos de lesiones por los cuales *Brown* proveería

143. Véase Kaplan, *supra* nota 131, pág. 173.

144. *Id.* pág. 175. Kaplan argumentó:

Tampoco puede uno construir cualquier argumento sobre la afirmación de que el confinamiento en escuelas mayoritariamente negras puede "causar sentimientos de inferioridad" en los niños negros. Ciertamente, allí donde el estado, supuestamente basado en razones que no tienen que ver con la raza, adopta una configuración de distritos que en algunas circunstancias tiene por resultado la existencia de escuelas mayormente de negros y en otras no, es difícil decir que le ha impreso una "marca de inferioridad" a los niños negros. Podría ser posible que un estudiante negro en una escuela segregada *de facto* no se dé cuenta de que otros niños negros que sólo se diferencian de él por el lugar de residencia pueden asistir a escuelas integradas, y que los consejos educativos han determinado su escuela en bases distintas de la raza. Por otro lado, es al menos posible que, incluso cuando pueda darse cuenta, ello no le ocasione un perjuicio psicológico. Es cierto que en una situación en la que un negro creyera que los consejos escolares emplearon una división racial en zonas, aun cuando fuera incapaz de probarlo, uno esperaría que ocurriera un daño; éste sería el mismo tipo de daño que puede ocurrirle a cualquiera que cree incorrectamente que sus derechos han sido violados. Ya que el derecho en esta eventualidad tratará la sospecha como infundada, es difícil encontrar un fundamento bajo el cual los tribunales puedan otorgar una reparación.

Id. El argumento de Kaplan es fascinante porque arma el caso a favor de un estándar de responsabilidad basado en el propósito, sin adoptar completamente el punto de vista del 'perpetrador' que, hacia 1970, caracterizaría las defensas del estándar del propósito discriminatorio. Véase Alan David Freeman, "Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine", 62 *Minn. L. Rev.* 1049, 1052-53 (1978) ("El concepto de 'discriminación racial' puede abordarse desde la perspectiva de la víctima o de su perpetrador... La perspectiva del perpetrador ve la discriminación racial no como condiciones, sino como acciones, o serie de acciones, que el perpetrador inflige a la víctima").

145. 413 U.S. 189 (1973).

146. 426 U.S. 229 (1976).

147. Véase *supra* nota 144; *infra* sección III.A, pág. 138-147.

reparación, sino por iluminar los valores que se logran al imponer tales restricciones sobre el significado de *Brown*.

Cuando encaró el problema de la discriminación *de facto* a principios de los años '60, Kaplan estructuró el análisis alrededor de lo que podríamos denominar una cuestión sobre el federalismo, preguntándose qué tipo de regímenes podían imponer los tribunales federales sobre un gobierno local para poner fin a la segregación. En este marco, la distinción entre medidas auto-impuestas y judicialmente ordenadas para terminar con la segregación era crucial, y proveía el filtro normativo y analítico para distinguir entre los perjuicios de la segregación que los tribunales podían reparar y aquellos que los gobiernos estatales y locales podían reparar.

De esta manera, a principios de los años '60, Kaplan utilizó la clasificación y el propósito para limitar las circunstancias en las cuales los tribunales federales podían imponer responsabilidad por la segregación *de facto* sobre un gobierno local; él no sostuvo que estos conceptos doctrinales impusieran restricciones a los esfuerzos de los gobiernos locales para abolir la segregación voluntariamente. Kaplan fue sincero en reconocer que la segregación *de facto* que se seguía de las políticas de asignación escolar explícitamente neutrales podían causar perjuicios que no daban lugar a la responsabilidad constitucional. Luego de revisar la prueba de las ciencias sociales sobre los beneficios educacionales de la integración, Kaplan argumentó que las autoridades locales debían tener la facultad constitucional para promover un balance racial.¹⁴⁸ Por esta razón, incluso cuando enfatizó que *Brown* versaba sobre el mal de las clasificaciones raciales, el marco doctrinal que propuso permitía a los gobiernos estatales y locales el uso de medidas conscientes a la raza para rectificar la segregación *de facto*. Autorizaba a los gobiernos estatales y locales a reparar el desequilibrio racial sin limitar dichas políticas a casos en los cuales hubiera una violación previa del principio anticlasificación (la técnica que la Corte usó para justificar las medidas ordenadas en el sur que buscaban eliminar las escuelas racialmente identificables,¹⁴⁹ y que luego emplearía para limitar los tipos de remedios de acción afirmativa que son constitucionalmente admisibles¹⁵⁰). Esta autoridad más bien se apoyaba en la interpretación de que las políticas de asignación escolar explícitamente neutrales causaban otros tipos de perjuicios sobre los negros que sólo las legislaturas, y no los tribunales, podían corregir.

En esta cuestión, Kaplan elaboró una visión que predominaría durante todo los años '60: un gobierno estatal o local podía adoptar planes conscientes a la raza al diseñar los

148. Véase Kaplan, *supra* nota 131, pág. 205.

149. Véase, por ej., *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 15-16 (1971); *Green v. County Sch. Bd.*, 391 U.S. 430, 437-38 (1968); véase también Owen M. Fiss, "The Charlotte-Mecklenburg Case - Its Significance for Northern School Desegregation", 38 *U. Chi. L. Rev.* 697, 700 (1971) (analiza la racionalidad remedial sobre la cual la Corte fundó la responsabilidad de los consejos educativos en crear un sistema unitario de escuelas integradas).

150. Véase *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 508-09 (1989) (invalida un plan del Consejo de la Ciudad de Richmond que preservaba el treinta por ciento del monto de cada contrato de construcción de la ciudad para "Empresas Propiedad de Minorías", en base a que no fue diseñado para remediar los efectos de la discriminación previamente documentada por la ciudad, o por aquellos con quienes hacía negocios).

distritos con el fin de aliviar la segregación *de facto*, en supuestos en que los tribunales no hubieran interpretado la Constitución de manera de exigirlos.¹⁵¹ En el argumento de Kaplan, la afirmación de que *Brown* estaba principalmente preocupado por el mal de la “separación mediante la clasificación racial” funcionó como un límite sobre los tribunales federales, dejando a los distritos escolares del norte el control sobre el ritmo y la forma de la lucha contra la segregación.

Al mismo tiempo, la traducción que Kaplan hacía de *Brown* a un esquema basado en la clasificación y el propósito permanecía firmemente enraizada en una concepción de la discriminación en tanto daño al estatus de los negros. Él entendió las acciones estatales conscientes a la raza asumidas para promover la integración como constitucionalmente permitidas, incluso si dichas políticas precipitaban reclamos de daños por parte de los blancos: “[E]l hecho de que la zonificación [*zoning*] diseñada con el fin de conseguir la integración racial pudiera exigir que algunos niños, negros o blancos, tuvieran que viajar una distancia irrazonablemente larga para llegar a la escuela podría no ser suficiente para sostener que estos esfuerzos son inconstitucionales, considerando el bienestar que puede esperarse que se siga de la integración.”¹⁵² Kaplan concluyó proféticamente su artículo con la sugerencia de que tendría que hacerse una elección entre diferentes tipos de acciones estatales conscientemente racialmente que promovieran la integración, con el fin de determinar qué tipo de imposición sobre los blancos era permisible constitucionalmente y qué tipo no. Éste era un juicio que exigía “una cantidad mucho mayor de pruebas fácticas y de reflexión... antes de que pudiera alcanzarse una resolución final.”¹⁵³

Así, en 1964, cuando Kaplan argumentó que *Brown* debía ser entendido como prohibiendo “la separación mediante clasificaciones raciales”, su preocupación principal era limitar la autoridad de los tribunales federales para dirigir las iniciativas de la lucha contra la segregación en los sistemas escolares del norte. La protección de los valores del control local dejó a las comunidades del norte una gran discrecionalidad para escoger los modos en que implementarían *Brown*. Era a través de dicho marco doctrinal que el bienestar de las comunidades blancas lograría protección constitucional.¹⁵⁴ Aunque no descansó en él de manera significativa, Kaplan anticipó el propio concepto de la clasificación como un medio por el cual los demandantes blancos podían prevalecer en los tribunales federales para dar protección constitucional a sus reclamos de bienestar, limitando así la discrecionalidad del gobierno local para enfrentarse a la segregación.

151. Véase Kaplan, *supra* nota 131, pág. 182. Para una discusión de la jurisprudencia que elabora esta interpretación, véase *infra* pág. 125-126.

152. Kaplan, *supra* nota 131, pág. 206.

153. *Id.* Kaplan observó:

Tal vez pueda trazarse una línea permitiendo la consideración de la raza en cuestiones tales como la selección del lugar, la distribución de zonas y la selección de las escuelas que enviarán y recibirán niños mediante el transporte en autobuses. Puede ser que estos remedios para la segregación *de facto* sean permisibles, a pesar de que algunos estudiantes puedan sufrir de este modo una disminución en sus derechos.

Id.

154. Cf. Vieira, *supra* nota 126, pág. 1618.

C. Los debates ciegos al color: construyendo un principio de anticlassificación

Durante toda la década del '60, los tribunales y los comentaristas continuaron lidiando con cuestiones sobre la responsabilidad del gobierno por la segregación en el norte. Existió un acuerdo temprano acerca de que la Constitución prohibía la segregación que era producto de un propósito discriminatorio oculto. Pero fuera de esto, también existió un desacuerdo continuo sobre cuándo, si es que alguna vez, podían ser considerados responsables los distritos escolares por la segregación ocurrida bajo políticas formalmente neutrales respecto de la raza.¹⁵⁵

Pero si existió un desacuerdo acerca de las circunstancias en las que los gobiernos estatales y locales podían ser responsables bajo la Decimocuarta Enmienda por la segregación en el sistema escolar público, hubo un temprano y extendido acuerdo sobre que estos gobiernos tenían autoridad para remediar el desequilibrio racial en las escuelas públicas.¹⁵⁶ En este sentido, como en otros, Kaplan reparó en un clivaje central del derecho: los tribunales federales permitían a los gobiernos estatales y locales rectificar los desequilibrios raciales, en circunstancias en las que los propios tribunales federales no podían intervenir para exigir un remedio.

Así, durante el mismo período en el que la Corte Suprema estaba adoptando el marco del escrutinio estricto enunciado en *McLaughlin* y *Loving*, los tribunales federales convalidaban de manera rutinaria el derecho de los gobiernos estatales y locales a implementar políticas conscientes a la raza, diseñadas para disminuir la segregación *de facto* en las escuelas públicas. Los tribunales, en otras palabras, entendieron la igual protección como una restricción racialmente asimétrica sobre la acción gubernamental; interpretaron que el propósito de la doctrina de la igual protección era prevenir que el estado cause ciertas formas de daño en el estatus de los grupos minoritarios.

155. En 1967, un comentarista resumió el derecho de la siguiente manera:

A pesar de que todavía no está zanjado si la cláusula de la igual protección requiere la compensación de las disparidades raciales cuando no se ha demostrado una acción estatal motivada racialmente, es ahora claro que cuando la disparidad racial es producida por una acción estatal racialmente motivada, existe una violación a la Decimocuarta Enmienda.

Peter F. Rousset, "Achieving Equal Educational Opportunity for Negroes in the Public Schools of the North and West: The Emerging Role for Private Constitutional Litigation", 35 *Geo. Wash. L. Rev.* 698, 708 (1967); véanse también las fuentes citadas *supra* nota 130.

La Corte no examinó la cuestión de la responsabilidad por la segregación *de facto* hasta su decisión en *Keyes v. School District No. 1*, 413 U.S. 189 (1973), una decisión que se situó en un punto equidistante del debate por medio de una utilización hábil de las presunciones. En *Keyes*, el juez Brennan, escribiendo en nombre de la Corte, sostuvo que para establecer la responsabilidad escolar de distrito por la segregación *de facto*, los demandantes tendrían que demostrar que el gobierno había actuado con la intención de segregar. Pero si los demandantes demostraran la existencia de "acciones de los consejos educativos intencionalmente segregatorias en una porción significativa del sistema escolar", dicha prueba daría lugar a "una presunción de que la existencia de otras escuelas segregadas dentro del sistema no es excepcional", y la carga de probar que la segregación en el resto del sistema no "era también el resultado de acciones segregatorias intencionales" caería ahora sobre el sistema educativo. *Id.*, pág. 207. Cuando la Corte decidió *Keyes* en 1973, el juez Powell criticó al juez Brennan por su adopción del marco del propósito discriminatorio para distinguir entre la segregación racial *de jure* y *de facto*. Véase *id.*, pág. 224-32 (Powell, J., concurriendo en parte y disintiendo en parte).

156. Véase *infra* pág. 125-126.

Pero este entendimiento de la presunción contra las clasificaciones raciales comenzó a cambiar hacia el final de los años '60, en respuesta al aumento de los conflictos nacionales sobre la raza y al surgimiento de una nueva generación de iniciativas de lucha contra la segregación, dirigidas a la educación universitaria y profesional. Los desafíos constitucionales a las iniciativas voluntarias de trabajos contra la segregación, que aparecieron tan pronto como empezaron aquellas iniciativas, tuvieron de repente una tracción legal. Hasta los años '70, las políticas de asignación conscientemente raciales eran o entendidas como formas lícitas de clasificación racial o no entendidas como 'clasificaciones odiosas' en absoluto. En el medio de una conversación nacional acerca de qué perjuicios y los perjuicios de quién repararía la Cláusula de Igual Protección, los jueces empezaron a analizar las prácticas de admisión universitaria como clasificaciones raciales sujetas a la presunción de inconstitucionalidad. Este conflicto sobre el significado de la garantía de la igual protección recreó en forma extraña los debates de los años '50 sobre el 'perjuicio' y los 'principios neutrales'.

1. *Segregación de facto y conciencia del color: la autorización constitucional para rectificar el desequilibrio racial en los años '60.* El marco del escrutinio estricto adoptado en *McLaughlin* y *Loving* creó una presunción robusta de inconstitucionalidad para todas las acciones del gobierno que clasificaran sobre la base de la raza. Pero hubo muchas prácticas conscientemente raciales que los tribunales convalidaron confiadamente bajo el marco del escrutinio estricto. En 1969, un académico hizo una investigación sobre las prácticas gubernamentales que utilizaban clasificaciones raciales –incluyendo prácticas que hoy en día no son típicamente entendidas como empleando tales clasificaciones–, y apuntó que la Corte había convalidado el uso de clasificaciones raciales en las leyes antidiscriminación del país;¹⁵⁷ en muchas prácticas gubernamentales que invitaban o exigían la utilización de la raza para propósitos de recopilación de datos o de registro;¹⁵⁸ en las leyes de

157. Véase Vieira, *supra* nota 126, pág. 1596. Para argumentos recientes respecto de que la legislación antidiscriminatoria –en particular, el derecho del impacto dispar– puede ser una práctica de clasificación racial que contravenga principios de la doctrina moderna de escrutinio estricto, véase Richard A. Primus, "Equal Protection and Disparate Impact: Round Three", 117 *Harv. L. Rev.* 493 (2003).

158. Véase Vieira, *supra* nota 126, pág. 1598-601. No es sorprendente que el estatus legal de las prácticas de recolección de información haya dependido de los usos para los que se utilizó la información. Véase, por ej., *Whitus v. Georgia*, 385 U.S. 545, 552 (1967) (encuentra una "oportunidad no admisible para la discriminación" en la selección estatal de jurados contemplada en un digesto de impuestos racialmente segregado); *Anderson v. Martin*, 375 U.S. 399, 402 (1964) (prohíbe la designación compulsiva de la raza en una elección fundada en que estaba "poniendo... el poder del Estado detrás de una clasificación racial que induce el prejuicio racial en las elecciones"). In *Tancil v. Woolls*, 379 U.S. 19 (1964) (*per curiam*), la Corte Suprema confirmó una decisión de un tribunal inferior que invalidó leyes que separaban los archivos de votación y de propiedad basándose en la raza, pero convalidó una ley que requería que los decretos de divorcio designaran la raza de los divorciantes. Véase *id.*, pág. 19 (confirma *Hamm v. Virginia State Board of Elections*, 230 F. Supp. 156 (E.D. Va. 1964)). Según el tribunal inferior, las primeras leyes "no sirvieron a ningún otro propósito que el de clasificar y distinguir documentación oficial en base a la raza o el color", mientras que las últimas sirvieron el propósito legítimo de recopilar "estadísticas vitales". *Hamm*, 230 F. Supp. pág. 158.

Algunas leyes tempranas sobre empleo justo prohibieron la conservación de documentación racial. Véase Owen M. Fiss, "A Theory of Fair Employment Laws", 38 *U. Chi. L. Rev.* 235, 265 (1971). A fines de los sesenta, la conservación de información racial por parte de empleadores no sólo estaba permitida, sino que era requerida por el derecho antidiscriminatorio. Véase, por ej., la Ley de Derechos Civiles de 1964, Título IV, 402,

inmigración nacional,¹⁵⁹ y en algunos aspectos del sistema de justicia criminal.¹⁶⁰ Pero el punto central de análisis eran los esfuerzos del gobierno por rectificar el desequilibrio racial en las escuelas públicas del país. Los esfuerzos voluntarios para remediar el desequilibrio racial, según observó, eran comúnmente convalidados por los tribunales bajo el marco del escrutinio estricto, sobre la base de argumentos inadecuadamente teorizados.¹⁶¹

En otras palabras, durante los años '60, los tribunales no entendieron que la presunción de inconstitucionalidad limitaba las acciones estatales conscientes a la raza asumidas voluntariamente con el propósito de integrar las escuelas públicas segregadas *de facto*. Durante todos los años '60, los tribunales sostuvieron reiteradamente que los gobiernos estatales y locales podían usar medidas específicamente raciales para romper la segregación *de facto* o el 'desequilibrio racial' en las escuelas públicas del país, incluso cuando no existiera evidencia de una violación constitucional.¹⁶² En 1971, el presidente de la Corte

Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 247 (1964) (requiere una investigación bianual para determinar las oportunidades educativas por raza); Fiss, *supra*, pág. 265 & n.32 (cita regulaciones).

La postura del movimiento por los derechos civiles sobre las designaciones raciales y la recolección de información parece haber cambiado con los usos a los cuales estaba destinada tal información. Véase Lee Moon, "Selective Racial Statistics", en Am. Statistical Ass'n, *Proceedings of the Social Statistics Section*, pág. 252, 253 (1962), citado en Albert Mindlin, "The Designation of Race or Color on Forms", 26 Pub. Admin. Rev. 110, 115-16 (1966). Véase también Loren Miller, "Race, Poverty, and the Law", 54 Cal. L. Rev. 386, 399-400 (1966). Véase en general Walker, *supra* nota 41.

Pero a medida que la designación racial y la recolección de información se volvieron una parte integral de la implementación de la legislación de los derechos civiles, la posición del movimiento sobre la práctica cambió en consonancia. Véase Daniel A. Searing, "Discrimination in Home Finance", 48 *Notre Dame Law. 1113*, 1140 n.156 (1973); William L. Taylor, "Federal Civil Rights Laws: Can They Be Made To Work?", 39 *Geo. Wash. L. Rev. 971*, 997-98 (1970).

159. Véase Vieira, *supra* nota 126, pág. 1571-77.

160. Véase *id.* pág. 1588-91 (analiza *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202 (1965)). Para algunos relatos recientes analizando el rol de la raza en el sistema de justicia penal, véase R. Richard Banks, "Race-Based Suspect Selection and Colorblind Equal Protection Doctrine and Discourse", 48 *UCLA L. Rev. 1075* (2001); y Angela P. Harris, "Criminal Justice as Environmental Justice", 1 *J. Gender Race & Just. 1* (1997).

161. Véase Vieira, *supra* nota 126, pág. 1554.

162. Durante los años sesenta, los tribunales confirmaron rutinariamente el derecho de los gobiernos locales y estatales de actuar de una manera consciente a la raza para aminorar la segregación *de facto* en las asignaciones de escuelas públicas. Véase, por ej., *Tometz v. Bd. of Educ.*, 237 N.E.2d 498, 501 (Ill. 1968) (convalida la ley Armstrong que ordenaba a las autoridades educativas de Illinois adoptar pasos para deshacer la segregación *de facto*, y observa que todos los tribunales estatales y federales que han considerado el uso de la raza para estos propósitos han encontrado tal uso constitucional); *Olson v. Bd. of Educ.*, 250 F. Supp. 1000, 1006 (E.D.N.Y.) (encuentra que *Brown* no prohíbe al estado adoptar acciones conscientes a la raza para integrar las escuelas, y que tal acción no violaba los derechos de la Decimocuarta Enmienda de los padres blancos cuyos hijos podrían verse afectados), apelación rechazada con otros fundamentos, 367 F.2d 565 (2d Cir. 1966); *Offermann v. Nitkowski*, 248 F. Supp. 129, 131 (W.D.N.Y. 1965) (sostiene que la orden del comisionado estatal de educación disponiendo la eliminación de la segregación *de facto*, y el plan local adoptado en virtud de esta orden, no violaron los derechos constitucionales de los padres del demandante), *aff'd*, 378 F.2d 22 (2d Cir. 1967); *Fuller v. Volk*, 230 F. Supp. 25, 33-34 (D.N.J. 1964) (sostiene que el plan de la ciudad de volver a diagramar las líneas de asistencia a las escuelas primarias de modo tal de contrarrestar la segregación *de facto* no violaba los derechos constitucionales de los padres blancos), revocado en parte y devuelto por otros fundamentos, 351 F.2d 323 (3d Cir. 1965); *Morean v. Bd. of Educ.*, 200 A.2d 97, 100 (N.J. 1964) (*per curiam*) (sostiene que los esfuerzos conscientes a la raza de los consejos educativos para minimizar la disparidad racial en sus escuelas no violaban el derecho de los padres blancos a la igual protección); *Balaban v. Rubin*, 199 N.E.2d 375, 377 (N.Y. 1964) (convalida el establecimiento por parte de las autoridades educativas de la ciudad de New York de una zona escolar para una nueva escuela secundaria, de un modo tal que promueva el balance racial en la escuela).

Suprema Burger confirmó esta interpretación en el caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*,¹⁶³ al observar:

Las autoridades escolares han tenido tradicionalmente un amplio poder para formular e implementar políticas educacionales y bien pueden concluir, por ejemplo, *que a fin de preparar a los estudiantes para vivir en una sociedad pluralista, cada escuela debe tener una proporción ordenada de estudiantes negros que refleje la proporción en el distrito considerado en su totalidad*. Llevar esto a cabo como política educacional se encuentra dentro de los amplios poderes discrecionales con los que cuentan las autoridades escolares; sin embargo, en ausencia de prueba de una violación constitucional, ello no estaría dentro de las facultades de un tribunal federal.¹⁶⁴

El Juez Burger hizo esta afirmación sin respaldarla con fuentes adicionales de autoridad; él estaba simplemente resumiendo las reglas legales de los tribunales federales inferiores.¹⁶⁵ Una y otra vez, el poder judicial afirmó que la Constitución permitía a los gobiernos estatales y locales emplear medios conscientes a la raza para conseguir el fin legítimo e importante de aliviar la segregación. Al permitir las políticas conscientes a la raza diseñadas para romper con la segregación, algunos tribunales indicaron que podrían existir límites constitucionales, no alcanzados todavía, en el uso por parte de los gobiernos estatales y locales de medidas para combatir la segregación.¹⁶⁶ Pero como ilustran los comentarios del Juez Burger, difícilmente existiera una sensación apremiante de que la Decimocuarta Enmienda era un límite a los esfuerzos voluntarios en contra de la segregación.

En otras palabras, durante la primera década luego de que la Corte declarara en *McLaughlin* que la Cláusula de Igual Protección prohibía la acción estatal que clasificaba sobre la base de la raza, los jueces generalmente entendieron la presunción contra las clasificaciones raciales como una limitación racialmente asimétrica. Los tribunales emplearon el principio para proteger a los negros contra el daño en el estatus, pero no lo utilizaron

163. 402 U.S. 1 (1971).

164. *Id.*, pág. 16 (énfasis agregado).

165. Véase *supra* nota 162; véase también *Bakke v. Regents of the Univ. of Cal.*, 553 P.2d 1152, 1177 n.4 (Cal. 1976) (Tobriner, J., disintiendo), confirmado en parte y revocado en parte, 438 U.S. 265 (1978); Derrick A. Bell, Jr., "School Litigation Strategies for the 1970s: New Phases in the Continuing Quest for Quality Schools", 1970 *Wis. L. Rev.* 257, 265 n.26 (observa que los tribunales generalmente "han convalidado la acción voluntaria de los consejos educativos para corregir la disparidad racial contra los cuestionamientos por parte de padres blancos").

166. Algunas de las opiniones sugirieron que debían existir límites a la autoridad del gobierno para involucrarse en medidas conscientes a la raza para aminorar la segregación *de facto* o el desequilibrio racial en las escuelas, a pesar de que no encontraron tales límites implicados en los casos litigados. Véase, por ej., *Fuller*, 230 F. Supp. pág. 34 (contempla que algunas formas de remedios conscientes a la raza contra la segregación *de facto* podían violar los derechos a la igual protección de los niños blancos bajo el estándar de *Brown*); *Olson*, 250 F. Supp. pág. 1010 & n.43 (sujeta los remedios del gobierno conscientes a la raza para la segregación *de facto* al estándar de escrutinio elevado de *McLaughlin*, para establecer si constituyen violaciones de los derechos de la Decimocuarta Enmienda de los demandantes). Para fines de la década, los comentaristas habían empezado a centrarse en esta cuestión. Véase Vieira, *supra* nota 126, pág. 1610-18 (analiza diferentes métodos para corregir las disparidades raciales).

para limitar las acciones estatales basadas en la raza que estaban diseñadas para aliviar la segregación, incluso cuando los blancos objetaron que tales políticas causaban perjuicios.¹⁶⁷

Los demandantes blancos y varios académicos hablando en su nombre plantearon ciertamente objeciones de este tipo. En los años '60, en la medida en que los tribunales empezaron a razonar acerca de la lucha contra la segregación en términos que se centraron en la incorrección de la clasificación racial, los demandantes que objetaban las medidas conscientes a la raza diseñadas para alcanzar 'un equilibrio racial' en las escuelas públicas expresaron sus objeciones en el lenguaje de la ceguera al color.¹⁶⁸ El desplazamiento de la justificación para dismantelar la segregación desde un discurso del perjuicio a un discurso de la clasificación no inmunizó las políticas y órdenes en contra de la segregación de los cuestionamientos.¹⁶⁹ Incluso cuando el Juez Wisdom afirmó estas preocupaciones como justificación para adoptar el fundamento de la anticlassificación enunciado en *McLaughlin*, los críticos de las políticas y las órdenes contra la segregación ya habían comenzado a expresar sus objeciones en el discurso de la anticlassificación. El Juez Skelly Wright se quejó, el año anterior de que escribiera el Juez Wisdom, señalando: "[p]ero aquellos que realmente, pero en secreto, quieren mantener el *status quo* de segregación gritan: 'La Constitución es ciega al color'".¹⁷⁰

167 Véase *Bustop, Inc. v. Bd. of Educ.*, 439 U.S. 1380, 1382-83 (Rehnquist, Circuit Justice 1978).

168 Véase *Offermann v. Nitkowski*, 248 F. Supp. 129, 130-31 (W.D.N.Y. 1965) (reafirma el orden de desagregación del comisionado estadual y el plan local resultante, que involucró el uso de consideraciones raciales, para eliminar la segregación *de facto* en el sistema escolar de Buffalo), confirmado, 378 F.2d 22 (2d Cir. 1967).

El tenor de estas decisiones y otras relacionadas indica que según la Corte, la Decimocuarta Enmienda prohíbe la discriminación odiosa, pero no prohíbe tomar en cuenta a la raza como parte de un esfuerzo adecuado para eliminar la disparidad racial en el sistema escolar. Con respecto al estándar denominado 'ciego al color' defendido por estos demandantes, los comentarios del juez de distrito Bohanon en *Dowell v. School Board of Oklahoma City Public Schools*, 244 F. Supp. 971 (W.D. Okla. 1965), son igualmente apropiados. Al referirse a los derechos de los demandados miembros de los consejos escolares, el tribunal sostuvo:

Claramente, los demandados pueden considerar a la raza a la hora de desestabilizar sus escuelas segregadas, sin violar la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda. La advertencia del primer Juez Harlan en su opinión disidente [en *Plessy*] acerca de que «Nuestra Constitución es ciega al color» fue dirigida contra la doctrina de "separados pero iguales", y su rechazo [en *Brown*] fue un reconocimiento explícito de que las infraestructuras educativas son inherentemente desiguales, y no convirtió a la metáfora del juez Harlan en un dogma constitucional que prohíbe la acción afirmativa para lograr los propósitos de la Decimocuarta Enmienda.

Id., pág. 981 (cita omitida).

169. En el municipio de Jefferson, el juez Wisdom argumentó que justificar *Brown* exclusivamente en el lenguaje del daño abría el camino "para que proponentes del *status quo* intentaran mostrar, en los hechos, que la integración puede ser perjudicial o el mayor de los dos demonios", y por lo tanto sugirió que la doctrina de la igual protección fuera reformulada en términos de una "clasificación odiosa". *United States v. Jefferson County Bd. of Educ.*, 372 F.2d 836, 871 (5th Cir. 1966); véase *supra* pág. 108.

170. J. Skelly Wright, "Public School Desegregation: Legal Remedies for De Facto Segregation", 16 *Case W. Res. L. Rev.* 478, 489 (1965).

A principios de los años sesenta, Paul Freund examinó la objeción de la ceguera al color al tratamiento de preferencia. Véase Paul A. Freund, "Civil Rights and the Limits of Law", 14 *Buff. L. Rev.* 199, 204 (1965). Como Wright, Freund concluyó que la acción racial específica era permisible, enfatizando la historia constitucional de la Decimocuarta Enmienda, y un entendimiento antisubordinación de la Cláusula de Igual Protección. Véase *id.*, pág. 204-05.

La dinámica era muy simple. Cuando los tribunales justificaron el desmantelamiento del sistema de segregación en el lenguaje del daño, los críticos atacaron el fallo judicial en el lenguaje del daño. En la medida en que los jueces empezaron a justificar el desmantelamiento del sistema de segregación en el lenguaje de la clasificación, los críticos de los fallos y políticas contra la segregación expresaron sus objeciones en términos del propio principio de anticlassificación.¹⁷¹

Incluso cuando los críticos de las medidas conscientes a la raza diseñadas para terminar con la segregación emplearon durante los años '60 objeciones relacionadas con la ceguera al color, los tribunales no respaldaron estos argumentos.¹⁷² El Juez Wisdom explicó coloridamente la idea de asimetría:

La Constitución es tanto ciega al color como consciente del color. Para evitar un conflicto con la cláusula de la igual protección, una clasificación que niega un beneficio, causa daño, o impone una carga no puede estar basada en la raza. En este sentido, la Constitución es ciega al color. Pero la Constitución es consciente del color para prevenir que se perpetúe la discriminación, y para enmendar los efectos de la discriminación pasada. El criterio es la relevancia que el color tiene para un propósito gubernamental legítimo.¹⁷³

El juez Wisdom observó que el gobierno puede legítimamente usar la raza en programas diseñados para reparar la discriminación en la actuación de los jurados, en el registro de votantes y en la educación, así como en censos y trámites de adopción.¹⁷⁴ Las acciones estatales basadas en la raza ofendían la Constitución sólo si perjudicaban a minorías o imponían una desigualdad en el estatus del grupo. Como otro juez expresó este entendimiento, “[l]a ceguera constitucional al color puede ser completamente apropiada cuando el marco de referencia es un ataque a los esfuerzos oficiales hacia la segregación; no es generalmente apropiada cuando el ataque se dirige a los esfuerzos oficiales por evitar la segregación”.¹⁷⁵

Fue necesario algo más antes de que los tribunales emplearan la presunción contra las clasificaciones raciales como un límite constitucional sobre los esfuerzos para terminar con la segregación. Los tribunales no empezaron a pronunciar este entendimiento en el lenguaje del derecho constitucional hasta que las políticas contra la segregación empezaron a tomar nuevas formas, y la hostilidad contra las iniciativas contra la segregación de la Corte Warren encontró expresión en la elección de Richard Nixon en 1968.

171. Wechsler anticipó este giro de los eventos. Argumentó que si los tribunales construían la Decimocuarta Enmienda como para prohibir a las legislaturas que clasifiquen en base a la raza, este principio debía ser testeado no sólo por su impacto en la segregación auspiciada por el estado “sino también por su impacto sobre medidas que toman la raza en cuenta para igualar oportunidades laborales, o para reducir la segregación *de facto*, como en las escuelas de la ciudad de New York.” Herbert Wechsler, *Principles, Politics, and Fundamental Law*, pág. xiv (1961). Bickel se mostró vehementemente en desacuerdo, bregando por mayor flexibilidad en la aplicación de un principio anticlassificación. Véase Bickel, *supra* nota 43, pág. 59-60 (“Puede argumentarse que las excepciones al principio de los *Casos de Segregación* que Wechsler predice son principistas... Las cuotas benevolentes, por ejemplo, difieren de la segregación. No niegan por completo la libertad de asociación de la persona negra, con la consecuencia inevitable de mantenerla en una situación de permanente inferioridad”).

172. Véase, por ej., casos citados en *supra* notas 162 y 168.

173. *Jefferson County*, 372 F.2d, pág. 876.

174. Véase *id.* pág. 876-77.

175. *Morean v. Bd. of Educ.*, 200 A.2d 97, 100 (N.J. 1964).

2. *El daño nuevamente: la forma y el escenario de las iniciativas contra la segregación. Daño y clasificación en los años '70.* Fue durante los '70 que los tribunales empezaron a remodelar la presunción contra la clasificación racial, convirtiéndola en un límite a los esfuerzos voluntarios para combatir la segregación. Este cambio en el significado y la relevancia práctica de la presunción parece en parte atribuible a un cambio en la composición del poder judicial federal en los años '70;¹⁷⁶ en otra medida adjudicable al clima político en el cual los jueces estaban interpretando la Constitución, y por último a un cambio en los tipos de programas sujetos a cuestionamiento constitucional.

No hay dudas de que las luchas políticas sobre el combate contra la segregación dieron forma al desarrollo del derecho antidiscriminación. En 1968, Richard Nixon compitió por la presidencia haciendo campaña contra la Corte Warren sobre cuestiones raciales.¹⁷⁷ Formuló sus objeciones a la jurisprudencia sobre la raza de la época en términos que agradaron a los blancos del norte comprometidos con la igualdad racial, pero preocupados por las políticas y órdenes contra la segregación que transformaban demasiado radicalmente las instituciones de la vida cotidiana.¹⁷⁸ Para mediados de los años '60, las protestas de los negros en el norte eran más confrontativas y a veces violentas, provocando enojo en los blancos, a los cuales Nixon apeló, en una campaña que se centró en la cuestión del “envío de niños a escuelas alejadas mediante el transporte público” [*busing*] y en “la ley y el orden.”¹⁷⁹ Nixon y su audiencia entendieron

176. Howard Gillman reporta:

Hacia finales de la administración de Johnson, alrededor del 70% de los jueces en esta judicatura ampliada fueron designados por presidentes Demócratas (más del 39% por Johnson). En 1970, un Republicano estaba en la Casa Blanca y los Demócratas controlaban el Senado y la Cámara de Representantes por márgenes del 56% y 57% respectivamente; ese mismo año, los Demócratas configuraban más del 63% de los jueces de apelación y el 66% de los jueces de primera instancia.

Howard Gillman, “Constitutional Law as Partisan Entrenchment: The Political Origins of Liberal Judicial Activism”, pág. 15 (Sept. 12, 2003) (manuscrito no publicado, en archivo en la biblioteca de Harvard Law School) (nota al pie de página omitida), disponible en <http://www.yale.edu/law/lw/papers/lw-gillman.doc>.

Para el momento de la partida de Nixon del cargo, 49,5% de los jueces federales en funciones habían sido designados por presidentes Republicanos; cuando Ford dejó su cargo, dicha cifra era del 54,2%. *Id.* pág. 17 n. 75 (cita a Deborah J. Barrow *et al.*, *The Federal Judiciary and Institutional Change*, pág. 23, 68-71, 84 (1996)). Véase en general Jack M. Balkin & Sanford Levinson, “Understanding the Constitutional Revolution”, 87 *Va. L. Rev.* 1045, 1068 (2001) (“El atrincheramiento partidario a través de las designaciones presidenciales de jueces es el mejor relato del modo en que el significado de la Constitución cambia más en el tiempo a través de la interpretación del Artículo III que a través de la Quinta Enmienda.”).

177. Para las acusaciones de Nixon en contra de la Corte Warren, véase Donald Grier Stephenson, Jr., *Campaigns and the Court: The U.S. Supreme Court in Presidential Elections*, pág. 180 (1999).

178. Nixon construyó la atracción electoral del Partido Republicano al situar su política racial entre aquellas de sus oponentes en la elección de 1968: George Wallace y Hubert Humphrey. Véase Lewis L. Gould, 1968: *The Election that Changed America*, pág. 103-05, 139-40; Irwin Unger & Debi Unger, *Turning Point: 1968*, pág. 459 (1988).

179. Para un relato de los disturbios de Watts y el ascenso y la caída del movimiento del poder negro [*black power movement*], véase Fairclough, *supra* nota 115, pág. 296-321. Para un relato de las formas cambiantes del activismo negro en la educación, véase Bell, *supra* nota 165. Para el texto de los avisos televisivos de Nixon, véase Joe McGinniss, *The Selling of the President: 1968*, pág. 240-53. Véase también Stephen C. Shadegg, *Winning's a Lot More Fun*, pág. 250-51 (1969); Stephenson, *supra* nota 177, pág. 180.

la referencia racial tácita.¹⁸⁰ En palabras de un comentarista, “[e]l truco consistió en empatizar con (y apelar a) los temores de los blancos enojados, sin convertirse en apariencia en un extremista y alejar así a los moderados”. O como John Ehrlichman describió el proceso, “present[ando] una posición sobre el delito, la educación, o la vivienda pública de modo tal que un votante pudiera ‘evitar admitir que se vio atraído por un mensaje racista.’”¹⁸¹ Sin embargo, incluso cuando apeló al resentimiento racial para dividir las coaliciones tradicionales del partido demócrata,¹⁸² la administración Nixon no rompió totalmente con las iniciativas contra la segregación de la administración Johnson.¹⁸³ Pero su estrategia electoral fue lo suficientemente exitosa como para que, hacia el año 1972, Nixon hiciera campaña en oposición a las políticas de bienestar, el transporte público escolar, los cupos y las acciones afirmativas, incluso en contra de programas que se habían iniciado durante su propia administración.¹⁸⁴ Nixon afianzó un entendimiento distinto acerca de la raza y la Constitución en la Corte Suprema, designando cuatro jueces durante el transcurso de sus seis años en el poder. En su momento, el presidente de la Corte Burger y los jueces Rehnquist, Powell y Blackmun desempeñarían un rol en la reorientación de la doctrina de la igual protección, aunque como lo indica el voto de Burger en *Swann*, el reajuste de las políticas y la jurisprudencia no fue en modo alguno lineal o mecánico.¹⁸⁵ No era simplemente que la composición del poder judicial federal estuviera cambiando;¹⁸⁶

180. Véase McGinniss, *supra* nota 179, pág. 23 (expresa que al ver el comercial de campaña finalizado, Nixon felicitó a su equipo sosteniendo que el comercial “golpea justo en la nariz... sobre el derecho y el orden, y los malditos grupos de puertorriqueños y negros que están allí afuera”); véase también Dan T. Carter, *From George Wallace to Newt Gingrich: Race in the Conservative Counterrevolution, 1963-1994*, pág. 30 (1996).

181. Carter, *supra* nota 180, pág. 30 (cita a John Ehrlichman, *Witness to Power: The Nixon Years*, pág. 223 (1982)). Había una dinámica de clase en juego en el contragolpe blanco. Véase Theodore H. White, *The Making of the President: 1968*, pág. 68 (1969) (observa que las cargas de la desegregación fueron impuestas desproporcionadamente sobre “los trabajadores blancos, a quienes también se les pedía que compartieran sus escuelas, vecindarios y lugares de esparcimiento con los negros”, y que “durante 1968 la base de clase trabajadora de la coalición Demócrata estuvo por destruirse casi como por una guerra civil, dado que los trabajadores blancos cuestionaron las desventajas y el ritmo que esta iniciativa impuso sobre ellos.”).

182. La cuña racial fue tan exitosa en lograr el resultado de conducir a los Demócratas tradicionales hacia el Partido Republicano, que estrategias del partido como Kevin Phillips teorizaron que podía establecer el sustento de una nueva mayoría Republicana. Véase en general Kevin P. Phillips, *The Emerging Republican Majority* (Anchor Books 1970) (1969). Sobre la estrategia de Phillips, véase Carter, *supra* nota 180, pág. 42-44; y Unger & Unger, *supra* nota 178, pág. 8-9.

183. Véase Dean J. Kotlowksi, *Nixon's Civil Rights*, pág. 1 (2001).

184. Carter, *supra* nota 180, pág. 46.

185. La transición no fue abrupta; ocurrió durante el curso de la década. Por ejemplo, en 1971, el presidente de la Corte Burger fue el autor de dos decisiones claves que proveyeron a los demandantes, activistas por los derechos civiles, así como a jueces empáticos, las herramientas para desafiar la segregación. Véase *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 16 (1971) (analizado *supra* pág. 125-126); *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 430-31 (1971) (reconoce una causa para accionar judicialmente basada en el impacto dispar estipulado en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964). También en 1971 la Corte invalidó una ley bajo la Cláusula de Igual Protección, fundada en que discriminaba contra las mujeres. Véase *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71, 77 (1971). En el transcurso de la década, con un cambio en el sentimiento social y en la composición de la Corte, el derecho de la igual protección cambió en consecuencia de curso de un modo concluyente, en una gran cantidad de ámbitos doctrinales que no se prestan a un simple resumen.

186. Nixon tuvo más oportunidades para transformar la Corte Suprema que para transformar los tribunales inferiores federales. Véase *supra* nota 176.

las conversaciones encendidas acerca de la raza en el proceso electoral alteraron el clima en el cual los jueces federales decidían los casos.

Los contextos prácticos en los que los tribunales federales dilucidaron el significado de la presunción constitucional contra las clasificaciones raciales cambiaron también en los años '70, en modos que podrían haber alterado las intuiciones judiciales acerca de la aplicación correcta de las presunciones.¹⁸⁷ Para los años '70, los tribunales estaban empezando a analizar los desafíos a las políticas empleadas para combatir la segregación en distintos escenarios institucionales. La administración Nixon comenzó a aplicar mediante un decreto una exigencia de acción afirmativa en los contratos federales,¹⁸⁸ y varios cuestionamientos a las acciones afirmativas en la contratación en el rubro de la construcción estaban empezando a alcanzar los tribunales federales. En un primer nivel, estas preferencias conscientes a la raza en la contratación presentaban los mismos cuestionamientos que los esfuerzos voluntarios para integrar las escuelas públicas. El punto era si el gobierno podía tomar en cuenta la raza al diseñar medidas contra la segregación. En cada caso, el uso de criterios raciales en el diseño de políticas gubernamentales desviaba recursos valiosos de personas blancas a personas negras. Pero para algunos, las preferencias en la contratación eran una iniciativa constitucionalmente más problemática, dado que involucraban bienes que podían ser entendidos como limitados en cantidad y sujetos a una regla de distribución meritocrática. Otros dudaban de que dichas distinciones fueran relevantes para la cuestión constitucional.¹⁸⁹ Desde luego, los tribunales que analizaron los cuestionamientos basados en la Quinta Enmienda a las preferencias en la contratación a principios de los '70, no entendieron el principio de anticlassificación de *Bolling v. Sharpe* como un límite a los esfuerzos conscientes a la raza para terminar con la segregación en la industria de la construcción.¹⁹⁰

187. Los tribunales fueron a menudo bastante directos en tales cuestiones. Véase, por ej., los casos citados *supra* notas 162 y 168.

188. Para los antecedentes generales del plan, véase Hugh Davis Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*, pág. 322-45 (1990), que analiza la restauración del Plan de Philadelphia; y Comment, "The Philadelphia Plan: A Study in the Dynamics of Executive Power", 39 *U. Chi. L. Rev.* 723, 723-25 (1972). En virtud de que había una tensión entre los decretos y las provisiones del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 que prohibía las preferencias, la mayor parte de las batallas tempranas sobre la acción afirmativa en la contratación federal fueron peleadas como problemas de separación de poderes, en los cuales los límites en la contratación preferencial fueron entendidos como legales más que como constitucionales. Esta tensión escaló a medida que la administración de Nixon expandió el alcance del programa. Véase Graham, *supra*, pág. 341.

189. Véase John Hart Ely, "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", 41 *U. Chi. L. Rev.* 723, 724-25 (1974); véase también *infra* notas 201, 205.

190. A comienzos de los años setenta, los tribunales federales que habían convalidado el uso de objetivos raciales de contratación, ordenados por un decreto ejecutivo, para contratistas federales en la industria de la construcción, rechazaron abruptamente los cuestionamientos a la Quinta Enmienda. Véase *Contractors Ass'n of E. Pa. v. Sec'y of Labor*, 442 F.2d 159, 176-77 (3d Cir. 1971)

Al sostener objetivos de acción afirmativa en la contratación federal contra cuestionamientos a la Quinta Enmienda en *Southern Illinois Builders Ass'n v. Ogilvie*, 471 F.2d 680 (7th Cir. 1972), el cual confirmó el Plan Ogilvie para reclutamiento, localización y entrenamiento de miembros de un grupo minoritario en la industria de la construcción de autopistas en algunos municipios de Illinois, el Séptimo Circuito enfatizó que el uso de objetivos raciales era constitucionalmente permisible "para eliminar la discriminación del pasado." *Id.*, pág. 681, 686. Éste fue un límite fácilmente satisfecho: la corte estableció el predicado remedial citando simplemente otro caso que involucraba a bomberos, en el cual las cuotas raciales de contratación habían sido aprobadas como un remedio para una violación constitucional probada. Véase *id.*, pág. 686 y n.13 (cita

Pero para el año 1973 existía tal controversia sobre dichos programas, que incluso los tribunales federales que los convalidaron estaban empezando a analizar detenidamente los modos en los cuales la Constitución podría limitar los esfuerzos gubernamentales para luchar contra la segregación. Empezaron a expresar preocupación de que las preferencias raciales en la contratación podían fomentar el antagonismo racial, y a sugerir que en algún punto aún no alcanzado, la Constitución podría imponer límites a tales programas, sea para proteger los intereses de los blancos ‘no preferidos’ o para proteger a los grupos ‘preferidos’ de reacciones raciales violentas.¹⁹¹ Esta nueva preocupación por identificar un límite constitucional potencial sobre la discriminación benigna o inversa reflejó el sentido de conflicto racial que había predominado en las elecciones presidenciales recientes.

No obstante, fue una forma particular de actividad conscientemente racial contra la segregación la que llevó la cuestión a un punto de ebullición. En los años ‘60 y principios de los ‘70, los tribunales no habían impuesto límites constitucionales significativos sobre las acciones conscientes a la raza adoptadas para aliviar la segregación en escuelas públicas y en la industria de la construcción, pero empezaron a responder en forma diferente cuando los demandantes cuestionaron las nuevas medidas conscientes a la raza diseñadas para ayudar a integrar las universidades del país.¹⁹² En forma paralela al surgimiento de la protesta de la comunidad universitaria negra, las universidades habían comenzado a expandir el acceso de candidatos pertenecientes a minorías, al mismo tiempo que nuevos programas de ayuda económica empezaban a ofrecer a los niños de las familias blancas menos privilegiadas la oportunidad de asistir a instituciones de educación superior. Para el año 1971, las prácticas de admisión conscientemente raciales se habían transformado en “una cuestión políticamente explosiva”

Carter v. Gallagher, 452 F.2d 315, 330-31 (8th Cir. 1971) (en banc)). La corte se mostró similarmente dispuesta al afirmar que “el plan no prefiere inadecuadamente a personas negras, como tampoco discrimina contra personas blancas.” *Id.* pág. 686. Para demostrar este punto, la corte revisó los hechos con el fin de demostrar que el plan no era inapropiadamente parcial a favor de la selección de solicitantes negros por sobre solicitantes de otras minorías. Véase *id.* pág. 686 n. 14.

Para un relato del derecho en este período, véase *Associated General Contractors of Massachusetts, Inc. v. Altshuler*, 490 F.2d 9, 16-17 (1st Cir. 1973), que confirmó una provisión contractual estatal que requería a los contratistas emplear al menos veinte por ciento de trabajadores de minorías.

191. *Altshuler* fue uno de los primeros casos en considerar seriamente la objeción a los requisitos de la acción afirmativa en la contratación gubernamental de discriminación inversa. Falló que las preferencias contractuales eran constitucionales bajo la Cláusula de Igual Protección, convalidándolas contra el reclamo de que la Constitución requería ser ciegos al color. *Altshuler*, 490 F.2d at 20. Al mismo tiempo, la Corte asignó a estas objeciones un peso constitucional de una forma que no lo había hecho en decisiones previas. Véase *id.*, pág. 16-18.

192. En un artículo de 1971, Robert O’Neil reportó que “el enrolamiento de grupos minoritarios en instituciones predominantemente blancas se [había] incrementado significativamente,... en gran parte por la utilización de políticas de admisión especiales o preferenciales, combinadas con esfuerzos de reclutamiento vigorosos y mayores compromisos de ayuda financiera para estudiantes desaventajados.” Robert M. O’Neil, “Preferential Admissions: Equalizing the Access of Minority Groups to Higher Education”, 80 *Yale L.J.* 699, 700-01 (1971) (nota al pie de página omitida). O’Neil reportó que “el porcentaje de ingresantes de alumnos universitarios de grupos minoritarios en muchas instituciones se duplicó en el otoño de 1968 y se duplicó de nuevo el año siguiente. Una expansión similar de enrolamiento de minorías también [había] ocurrido a nivel de la educación de postgrado.” *Id.*, pág. 701.

que la administración Nixon denunció.¹⁹³ Fue un momento de divisoria de aguas. En 1973, la Corte Suprema del estado de Washington aprobó el uso de una preferencia racial en la política de admisión de la escuela de derecho del estado, razonando, como los tribunales lo habían hecho durante todos los años '60, que la presunción en contra de las clasificaciones raciales era un límite asimétrico: “Evidentemente, la consideración de la raza por parte de las autoridades escolares no viola la Decimocuarta Enmienda cuando el objetivo es unir en lugar de separar las razas.”¹⁹⁴ Al ser apelado a la Corte Suprema de los Estados Unidos, el caso *DeFunis v. Odegaard*¹⁹⁵ generó una enorme controversia. La Corte esquivó la controversia al declarar que el caso era abstracto.¹⁹⁶ Pero a partir de este punto, la cuestión fue enmarcada de forma diferente: ¿qué tipo de límites constitucionales imponía la presunción en contra de las clasificaciones raciales sobre los esfuerzos conscientes a la raza por aliviar la segregación?

Los reclamos acerca de los daños que causaba la segregación jugaron un rol central en la transformación de la aplicación judicial de la presunción contra las clasificaciones raciales. En su disidencia en *DeFunis*, el juez de la Corte Douglas argumentó que el caso de las admisiones conscientes a la raza en las escuelas de derecho era materialmente diferente de los casos previos que permitían las políticas conscientes a la raza en las escuelas públicas. En la visión del Juez Douglas, ésta era la única oportunidad que tenía el postulante blanco a una escuela de derecho que no había sido elegido para asistir a una universidad del estado, mientras que los padres que atacaban las políticas conscientes a la raza en las escuelas primaria y secundaria tenían una alternativa provista por el Estado para escoger la escuela que desearan, y por ello no había un daño constitucional.¹⁹⁷ Intentando distinguir el pasaje que en el caso *Swann* autorizó al gobierno a considerar la raza en el diseño de las políticas escolares, el Juez Douglas enfatizó que “nadie tiene un derecho de asistir a una escuela pública segregada”.¹⁹⁸ Pero esta afirmación ignoró el hecho de que el pasaje relevante de *Swann* autorizaba los esfuerzos voluntarios de integración en las escuelas públicas cuando no existiera evidencia de una violación constitucional,¹⁹⁹ y por ello se

193. O'Neil indicó que estas prácticas de admisión se habían vuelto “una cuestión política explosiva”, debido en parte a una serie de discursos del vicepresidente Spiro Agnew en 1970 y 1971, que atacó las admisiones preferenciales. *Id.*, pág. 699 & n.1. O'Neil observó que “las presiones para la expansión del enrolamiento de minorías chocan directamente con las aspiraciones académicas y las expectativas crecientes de los blancos de clase media baja, para quienes la universidad se ha vuelto un proyecto serio por primera vez en generaciones.” *Id.* pág. 700. Para un relato de las protestas de negros en los campus, véase Bell, *supra* nota 165, pág. 290 y n.103, 294-96.

194. *DeFunis v. Odegaard*, 507 P.2d 1169, 1181 (Wash. 1973) (en banc) (establece que las facultades de derecho estatales podrían considerar a la raza como un factor en las admisiones), revocado, 416 U.S. 312 (1974).

195. 416 U.S. 312 (1974) (per curiam).

196. La Corte sostuvo:

Dado que el peticionario completará sus estudios en la facultad de derecho a fines del cuatrimestre para el cual se ha registrado, más allá de cualquier decisión que esta Corte pueda tomar sobre el mérito del juicio, concluimos que la Corte no puede considerar, de manera consistente con las limitaciones del Art. III de la Constitución, las cuestiones sustantivas constitucionales presentadas por las partes.

Id., pág. 319-20.

197. Véase *id.*, pág. 336 n. 18 (Douglas, J., disintiendo).

198. *Id.*

199. Véase *supra* pág. 125-126.

refería a escuelas no más ‘segregadas’ de lo que lo estaban las facultades públicas del estado. Al invalidar un programa de admisiones conscientemente racial de la Escuela de Medicina U.C. Davis [*U.C. Davis School of Medicine*], el mismo programa que la Corte Suprema de los Estados Unidos confrontaría en última instancia en el caso *Bakke*, la Corte Suprema del estado de California intentó también distinguir la extensa línea de casos que permitía las políticas conscientes a la raza en las prácticas de asignación de las escuelas públicas, enfatizando el carácter especial del perjuicio involucrado en la denegación de la admisión a una escuela profesional. Argumentó que “[I]as desventajas sufridas por un niño que debe asistir a una escuela a cierta distancia de su casa, o que es trasladado a una escuela que no fue elegida por su calidad, no es equivalente a la denegación absoluta de educación profesional”.²⁰⁰ Esta afirmación provocó que el juez disidente se quejase de que los casos que permitían la integración voluntaria de las escuelas públicas, y los casos que convalidaban el uso de objetivos y horarios de trabajo en los contratos federales, proveían un precedente constitucional generoso para apoyar la práctica que la Corte había invalidado.²⁰¹

¿Eran diferentes los casos? Owen Fiss seguramente estaba en lo correcto al observar que la cuestión de la admisión conscientemente racial a las escuelas profesionales fue debatida como una ‘preferencia’, mientras que Swann fue caracterizado como un caso de ‘asignación racial’.²⁰² Fiss señaló que lo que parecía distinguirlos era ‘la escasez’ de los bienes asignados:

Posiblemente, el recurso en los niveles escolares primario y secundario podría haber sido definido de manera de volver predominante la escasez: el recurso podría haber sido definido como “ir a una escuela particular” en vez de como “ir a alguna escuela”; por ejemplo, la escuela del vecindario o la escuela con la mejor reputación. Pero de hecho, el recurso en juego en el nivel de la escuela primaria y secundaria no fue percibido de esta manera por la Corte en el caso *Swann*.²⁰³

En otras palabras, el sistema jurídico estaba empezando a tratar en forma diferente lo que estaba en juego en dos casos potencialmente similares. Los padres que protestaban contra los esfuerzos gubernamentales para corregir el desequilibrio racial en las políticas de asignación de las escuelas públicas, ¿estaban simplemente expresando una preferencia constitucionalmente sospechosa por la exclusividad racial, o las políticas de asignación escolar efectivamente distribuían bienes únicos con diferencias reales en las oportunidades educacionales? Si sucedía esto último, ¿existía no obstante una razón para tratar de manera diferente las iniciativas conscientes a la raza contra la segregación en la educación secundaria y post-secundaria?²⁰⁴

Las objeciones de los grupos mayoritarios a las políticas de admisión conscientes a la raza en las escuelas profesionales jugaron un rol importante en la caracterización emergente

200. *Bakke v. Regents of the Univ. of Cal.*, 553 P.2d 1152, 1161 (Cal. 1976), confirmado en parte y revocado en parte, 438 U.S. 265 (1978).

201. *Id.*, pág. 1179 (Tobriner, J., disintiendo).

202. Véase Fiss, “School Desegregation”, *supra* nota 127, pág. 8.

203. *Id.*

204. Véase *id.* pág. 8-9.

de las políticas como clasificaciones raciales sujetas a la presunción de inconstitucionalidad.²⁰⁵ Fiss y otros comenzaron en este momento a considerar abiertamente la importancia de los juicios públicos acerca de la equidad de los programas gubernamentales conscientes a la raza como un factor clave en el análisis constitucional. John Kaplan se refirió a la cuestión de la apariencia con toda franqueza:

Estamos forzados en forma constante a comprometernos con el reclamo moralmente fuerte de los negros, debido a que la estructura de las instituciones de nuestra sociedad interfiere con la implementación de lo que de otro modo podría aparecer como un resultado justo. Además, la necesidad de considerar no sólo la realidad de las acciones gubernamentales sino también su apariencia podría justificar la creencia de que en esta área no podemos confiar plenamente en la apertura y franqueza del poder legislativo, el ejecutivo o el judicial. Si bien esto puede parecer chocante, es quizás una consecuencia inevitable de nuestra historia. Uno no debería esperar encontrar dentro lo que sería nuestra moral tradicional un remedio justo para trescientos años de inmoralidad.²⁰⁶

En suma, los juicios sobre el daño a los postulantes blancos en los casos de acciones afirmativas en las escuelas profesionales parecen ser el trasfondo (y en parte explicar) la nueva disposición de los tribunales para interpretar y aplicar la presunción constitucional contra las clasificaciones raciales, de un modo en que no lo habían hecho en los '60: como una limitación a los esfuerzos gubernamentales voluntarios por rectificar el desequilibrio racial en las instituciones educativas.

Cuando la Corte Suprema de California utilizó el escrutinio estricto para invalidar el programa de admisión en *Bakke* en el año 1976, lo hizo con el entendimiento de que estaba utilizando la presunción contra las clasificaciones raciales y el marco del escrutinio estricto en una forma nueva, y con una confianza manifiesta de que era correcto hacerlo. Si bien el perjuicio de la discriminación racial que un postulante blanco decepcionado experimentaba no tenía los elementos del 'estigma' que un postulante negro podía experimentar, la mayoría razonó que el perjuicio era igualmente de magnitud suficiente como para garantizar la igual protección.²⁰⁷ En este razonamiento, el tribunal estaba rechazando el argumento en favor de la aplicación de la asimetría racial de la presunción

205. En 1969, Norman Vieira sugirió que las diferencias en la respuesta pública llevarían a los tribunales a caracterizar algunas políticas de distribución y de admisión conscientes a la raza como clasificaciones raciales sujetas a la presunción de inconstitucionalidad. Mientras observó que todos los programas que analizó podrían caracterizarse como políticas que "clasifican por raza en el sentido de que el propósito de la acción estatal consiste en afectar la composición racial de las escuelas", algunos programas "parecían incuestionables constitucionalmente" mientras que otros no. Vieira, *supra* nota 126, pág. 1617.

Vieira no vio una diferencia de principio entre las formas de distribución de escuelas públicas conscientes a la raza que examinó, pero fue exquisitamente sensible a la posible percepción que la gente podía tener sobre su justicia, y sugirió que las intuiciones públicas relativas a la equidad de las prácticas guiaran los juicios judiciales acerca de si las diferentes políticas de distribución debían caracterizarse como clasificaciones raciales sujetas a la presunción de inconstitucionalidad. Véase, por ej., *id.* pág. 1616-17.

206. John Kaplan, "Equal Justice in an Unequal World: Equality for the Negro - The Problem of Special Treatment", 61 *Nw. U. L. Rev.* 363, 410 (1966).

207. Véase *Bakke v. Regents of the Univ. of Cal.*, 553 P.2d 1152, 1163 (Cal. 1976).

contra las clasificaciones raciales, avanzado de manera prominente por el juez Skelly Wright,²⁰⁸ una formulación que el magistrado Powell impugnaría con pasión en *Bakke*:

En la visión de los jueces Brennan, White, Marshall y Blackmun, la noción cambiante de ‘estigma’ es el elemento crucial en el análisis de las clasificaciones raciales. La cláusula de igual protección no fue formulada en términos de ‘estigma’. Desde luego, la palabra no tiene un significado constitucional claramente definido. Refleja un juicio subjetivo respecto del cual no existen estándares. *Todas* las clasificaciones impuestas por el estado que reacomoden cargas y beneficios sobre la base de la raza son susceptibles de ser vistas con un resentimiento profundo por parte de los individuos afectados. La denegación a personas inocentes de una igualdad de derechos y oportunidades puede enfurecer a quienes están más necesitados y de esta manera pueden ser percibidas como odiosas. Es probable que estos individuos encuentren poco alivio en el hecho de que las privaciones que se les pide que soporten son simplemente el precio de ser miembros de grupos mayoritarios dominantes, y que esta imposición se inspira en el propósito supuestamente benigno de ayudar a otros. Uno no debería descartar tan rápidamente el argumento sobre la injusticia inherente de un sistema de asignación de beneficios y privilegios sobre la base del color de la piel y el origen étnico, y la sensación de maltrato que lo acompaña.²⁰⁹

El juez Powell rechazó la posibilidad de limitar el discurso de la clasificación al control de los tipos de perjuicios estigmatizantes sufridos por los miembros de los grupos sociales subordinados. El término ‘estigma’ no era un concepto técnico a nivel constitucional y, para el juez Powell, no presentaba ningún motivo sobre el cual la Corte pudiera diferenciar entre el daño que la discriminación racial causaba a las minorías y el daño que una política de admisión de preferencia racial causaba a los miembros de una ‘mayoría dominante’. Si la Constitución se preocupaba por los daños a la dignidad y los daños distributivos que causaba la segregación racial a los negros, también debía preocuparse por los daños a la dignidad y distributivos que los esfuerzos por dismantelar la segregación causaban sobre los miembros de una ‘mayoría dominante’. Por supuesto, no era la tarea de la Corte proteger a los postulantes decepcionados de las consecuencias distributivas usuales e inevitables de las políticas de admisión. El juez Powell impulsó una intervención judicial para proteger a los postulantes decepcionados de los efectos distributivos de las políticas

208. Véase J. Skelly Wright, “The Role of the Supreme Court in a Democratic Society - Judicial Activism or Restraint?”, 54 *Cornell L. Rev.* 1, 18 (1968). El juez Wright escribió:

La función de la igual protección... consiste en resguardar a grupos o individuos de la estigmatización por parte del gobierno. La cuestión de si determinada legislación estigmatiza es en gran parte una cuestión sociológica que requiere la consideración de la estructura e historia de nuestra sociedad, tanto como un examen de la ley misma. La legislación que favorece a los negros, entonces, sería constitucional porque es racional, y porque en nuestra sociedad no estigmatizaría a los blancos.

Id.; véase también *Hobson v. Hansen*, 269 *F. Supp.* 401, 506-08 (D.D.C. 1967) (analiza la necesidad especial de un escrutinio judicial elevado de los juicios legislativos y administrativos que oprimen a las minorías raciales y a los pobres).

209. *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 294 n.34 (1978) (opinión de Powell, J.) (cita omitida).

de admisión que buscaban aliviar la segregación *de facto*, debido a las formas intensas de ‘indignación’ y ‘resentimiento’ que tales políticas provocaban; esto es, la feroz ‘percepción de maltrato’ que los esfuerzos basados en la raza para rectificar la segregación generaban en los miembros de la ‘mayoría dominante’. Exhortando a la protección constitucional de esta forma especial de daño al estatus, el juez Powell señaló en forma célebre: “Las garantías de la igual protección... ‘son universales en su aplicación a todas las personas dentro de la jurisdicción territorial, sin consideración a diferencia alguna de raza, color o nacionalidad; y la igual protección de las leyes es la promesa de protección de leyes iguales’”.²¹⁰

En modos profundos, la opinión del juez Powell en *Bakke* reflejó los temas discutidos dos décadas antes en los apasionados debates sobre la nota a pie de página número once de *Brown* y los principios neutrales. ¿Qué daños y los daños de *quiénes* tenían importancia constitucional? Al tratar como conmensurables los daños que la segregación causaba a los grupos subordinados y los daños que las iniciativas contra la segregación causaban a los grupos dominantes, la opinión del juez Powell parecía adoptar el razonamiento de los primeros críticos de *Brown*. Pero incluso cuando la opinión movió el foco, otorgando reconocimiento constitucional a los perjuicios que las iniciativas contra la discriminación causaban a los miembros de los grupos mayoritarios, lo hizo de un modo que marcó el nivel creciente en la autoridad jurídica y cultural del caso *Brown*.

Un signo revelador de la institucionalización de *Brown* en las décadas siguientes fue el fundamento que empleó el juez Powell para rechazar una interpretación basada en la asimetría grupal o –en sus palabras– “de dos clases” de la Cláusula de Igual Protección. Según Powell, “[y]a no era posible pegar las garantías de la Decimocuarta Enmienda a la lucha por la igualdad de una minoría racial”; agregó que “[d]urante el período en que la Cláusula de Igual Protección se mantuvo inactiva, los Estados Unidos se convirtieron en una nación de minorías.”²¹¹ El juez se refirió a los miembros de las ‘mayorías dominantes’ como ‘minorías’ que necesitaban la protección de los tribunales en contra de la discriminación que podían causarles las iniciativas contra la segregación conscientes a la raza. Su decisión protegía a los blancos al extender —en vez de limitar— la autoridad de *Brown*, poniendo en cabeza de los jueces federales la responsabilidad de proteger a los blancos de la discriminación racial en el proceso político, un rol que los jueces habían jugado previamente sólo en favor de minorías raciales.

Sin embargo, la opinión del juez Powell en *Bakke* aceptaba la analogía entre los reclamos de los grupos mayoritarios y minoritarios por la discriminación racial sólo hasta cierto punto. El juez Powell entendió que los miembros de los grupos dominantes y subordinados estaban en una posición diferente, y de un modo constitucionalmente significativo. Incluso cuando rechazó el marco basado en la asimetría racial o la antisubordinación para interpretar la presunción en contra de las clasificaciones raciales, Powell ofreció al país un compromiso maestro en el propio concepto de ‘diversidad’. Este marco permitiría los esfuerzos voluntarios limitados conscientes a la raza, en una forma social que preservaría a la Constitución como un dominio de principios neutrales.

210. *Id.*, pág. 292-93 (cita a *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886)).

211. *Id.* pág. 292.

III. La política constitucional y los principios constitucionales: los valores antisubordinación y anticlasificación en un derecho moderno de la igual protección

En el último cuarto de siglo, la opinión del juez Powell en *Bakke* jugó un rol central en el debate sobre las acciones afirmativas. Su autoridad se debe, sin duda, a la forma sagaz en la que limitó ciertas prácticas respecto de las cuales la sociedad estaba profundamente dividida, al mismo tiempo que indirectamente las permitía. La opinión reafirmó la importancia de los criterios de admisión iguales e individualizados, al mismo tiempo que permitió a las instituciones de educación superior emplear políticas de admisión que aumentarían el número de estudiantes pertenecientes a minorías. La opinión dijo ‘sí’ y ‘no’ a las políticas de admisión conscientes a la raza; utilizó el discurso de la anticlasificación para restringir pero no para bloquear los estándares de admisión racialmente asimétricos en la educación superior.

¿Cuál es la relación entre *Brown* y *Bakke*? Una interpretación simple y familiar imagina que *Brown* se basa en el principio de que es erróneo clasificar sobre la base de la raza, y que la opinión del juez Powell en *Bakke* aplica aquel principio para proteger a los blancos contra ‘la discriminación inversa’. Según esta interpretación, la afirmación del principio de anticlasificación supone un repudio de los valores de la antisubordinación, y una reafirmación de que la Constitución protege a todos los individuos –no sólo a ciertos grupos– de la discriminación patrocinada por el estado.²¹² Si bien contiene elementos correctos, esta interpretación de la moderna tradición de la igual protección caracteriza erróneamente a *Brown*, *Bakke* y la tradición de la cual forman parte.

La historia que vincula los debates sobre la nota a pie de página número once con *Bakke* sugiere que la relación de los valores de la anticlasificación y la antisubordinación en una tradición moderna de la igual protección es considerablemente más compleja de lo que sostienen los relatos convencionales. Como este artículo ha mostrado, el principio anticlasificación que el juez Powell utilizó en *Bakke* no fue el fundamento de la decisión en *Brown*, sino que en cambio es el residuo de los conflictos sobre la aplicación de *Brown*. La presunción de que las clasificaciones raciales son inconstitucionales –y las razones y los entendimientos de sentido común que regulan la aplicación de aquella presunción– son el producto de las luchas sociales sobre el proyecto de desestabilizar la segregación que el caso *Brown* inauguró. Fue sólo cuando el país discutió sobre la justificación e implementación de *Brown*, que la Corte comenzó a apoyarse en el discurso de la anticlasificación, primero para expresar y luego para limitar los valores antisubordinación.

Si un principio es una norma de conducta que encarna un valor, entonces los tribunales no han aplicado la presunción de que el estado no debe clasificar sobre la base de la raza como un principio de cualquier modo sencillo. Los tribunales, en cambio, han aplicado esta presunción de inconstitucionalidad selectivamente, y en un modo que cambió con el tiempo, para sustentar preocupaciones sociales múltiples y a veces conflictivas. Como hemos visto, en algunos puntos de nuestra historia, los reclamos acerca de los males

212. Véase *supra* pág. 85 y fuentes citadas *supra* nota 10.

asociados con las clasificaciones raciales han servido para expresar y para ocultar preocupaciones constitucionales acerca de prácticas que imponían una ciudadanía de segunda clase a miembros de grupos sociales con relativamente poco poder. Y en algunos puntos de nuestra historia, los argumentos sobre el mal de las clasificaciones raciales sirvieron para tamizar y para limitar la expresión de dichas preocupaciones. Cuando, por ejemplo, el juez Powell afirmó que “[l]as garantías de la igual protección ‘son universales en su aplicación, a todas las personas dentro de la jurisdicción territorial, sin consideración a diferencia alguna de raza, color o nacionalidad...’”,²¹³ estaba negando que la Constitución protegiera a individuos en virtud de su membresía a un grupo, y afirmando que la Constitución estaba igualmente preocupada por el bienestar de los miembros de los grupos dominantes y de los subordinados. Pero como hemos visto, incluso cuando defendió esta interpretación de los valores que la presunción contra las clasificaciones raciales encarnaba, el juez Powell sostuvo que la ‘diversidad’ era un interés estatal de peso suficiente como para permitir a las agencias estatales considerar a la raza en las admisiones universitarias, con el fin de aumentar, pero no de disminuir, la admisión de miembros de grupos minoritarios.

En conclusión, este artículo examina el modo en que una mayor atención al complejo rango de valores que el discurso de la anticlassificación encarna puede alterar nuestro entendimiento de la moderna tradición de la igual protección, y la naturaleza de los propios principios constitucionales.

A. El principio anticlassificación como un residuo de las luchas sociales sobre *Brown*

Las preocupaciones y los valores que impulsaron a los norteamericanos a invocar la presunción de que las clasificaciones raciales eran inconstitucionales cambiaron significativamente en las décadas siguientes a *Brown*. Como hemos visto, en los años ‘50 y ‘60, muchos de los defensores más prominentes de *Brown* en la academia jurídica justificaron la decisión como condenando las prácticas que imponían una desigualdad grupal.²¹⁴ Y en los años luego de que la Corte Suprema anunciara por primera vez la presunción de que las clasificaciones estatales sobre la base de la raza eran inconstitucionales, los tribunales aplicaron esta presunción de conformidad con un entendimiento –a veces implícito y a veces explícito– de que su propósito era dismantelar la segregación y otras prácticas que imponían una jerarquía racial.²¹⁵ En este período, la segregación fue entendida como errónea, tanto porque no trataba a los miembros de un grupo como individuos como porque trataba a un grupo como inferior respecto de otro. Según se percibía, expresar el daño de la segregación en términos de una presunción en el sentido de que las clasificaciones raciales eran inconstitucionales no implicaba una opción entre interpretaciones alternativas sobre la importancia del daño. No había

213. Véase *supra* pág. 136.

214. Véase *supra* sección I.C, pág. 99-106. Louis Pollak, por ejemplo, sugirió una reescritura de *Brown* que utilizara en forma experta la presunción contra la clasificación racial para aliviar el peso de probar los daños que la segregación infligía a los negros. Véase *supra* pág. 101. A comienzos de los años sesenta, Alexander Bickel respondió a cuestiones relativas a la discriminación benigna, al afirmar que un principio anticlassificador tendría que aplicarse flexiblemente, para derribar sólo aquellas formas de clasificación racial que promovieran la ‘inferioridad’ racial. Véase *supra* nota 171.

215. Véase *supra* pág. 124-127, 130-134.

entonces nada en disputa que tornara relevante distinguir entre estas interpretaciones sobre el daño. Pero con el tiempo, en la medida en que el debate sobre las medidas contra la segregación evolucionó, y se movió de la cuestión de si los tribunales debían intervenir en el tema de la segregación a la pregunta de cuándo y cómo, el significado de la presunción pasó a ser desafiado cada vez más.²¹⁶

Para 1976, cuando Owen Fiss escribió el artículo “Groups and the Equal Protection Clause”, [“Los Grupos y la Cláusula de Igual Protección”]²¹⁷ los valores sociales encarnados por la presunción contra las clasificaciones raciales estaban siendo fuertemente discutidos. Fiss entró en este debate para argumentar que la Cláusula de Igual Protección era mejor entendida en términos de un principio mediador que prohíbe “leyes y prácticas que agraven [o perpetúen] la posición de subordinación de un grupo especialmente desaventajado.”²¹⁸ Fiss contrastó este principio sobre grupos desaventajados (o antisubordinación) con el principio antidiscriminación (o anticlasificación) que obraba en ese momento como principio mediador para la Cláusula de Igual Protección, y ofreció un relato políticamente inteligente acerca de por qué el discurso de la anticlasificación tenía autoridad y atractivo.²¹⁹ Fiss demostró que la objetividad, el individualismo, y la falta de contenido sustantivo [*nonsubstantivity*] del discurso de la anticlasificación eran tan sólo una aspiración, y que los valores de la antisubordinación habían guiado la elaboración doctrinaria del principio de anticlasificación en momentos cruciales.²²⁰

Esta demostración no era simplemente un ejercicio académico. Fiss exhortó de manera urgente a aclarar los compromisos normativos sobre los que se basaba la jurisprudencia de la igual protección, debido a que la Corte estaba entonces abordando cuestiones sobre acciones afirmativas y discriminación *de facto*. La preocupación de Fiss era que, en relación con estos asuntos, “el principio de antidiscriminación no proveía ninguna estructura de análisis o—lo que es peor—proveía una estructura equivocada.”²²¹ Fiss propuso el principio de los grupos desaventajados para guiar la resolución de cuestiones sobre “si están permitidas las preferencias en el trato”²²², y sobre el “problema de los criterios expresamente [*facially*] inocentes”,²²³ de un modo que siguiera siendo fiel a *Brown*.²²⁴ Fiss argumentó que debido a que la preocupación acerca del daño contra grupos especialmente desaventajados formaba

216. Véase en general la sección II.C, pág. 122-136.

217. Fiss, *supra* nota 8.

218. *Id.* pág. 157.

219. Fiss observó que el discurso de la anticlasificación parecía objetivo y determinante en su aplicación; que escondía su preocupación por la justicia de grupos y se justificaba a sí mismo al enfatizar la justicia de los individuos; y que rechazaba basarse en cualquier fin sustantivo. Véase *id.* pág. 118-29.

220. Véase *id.* pág. 118-36.

221. *Id.* pág. 129.

222. *Id.*

223. *Id.* pág. 141.

224. Véase Reva B. Siegel, “Discrimination in the Eyes of the Law: How ‘Color Blindness’ Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, 88 *Cal. L. Rev.* 77, 111 (2000) [de aquí en adelante Siegel, “Discrimination in the Eyes of the Law”]; cf. Reva Siegel, “Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action”, 49 *Stan. L. Rev.* 1111, 1111 (1997) (observa la dinámica de preservación a través de la transformación, en la cual “las reglas y razones que utiliza el sistema jurídico para reafirmar las relaciones de estatus evolucionan a medida que son cuestionadas”, y por lo tanto sugiere que el derecho antidiscriminatorio adopte un marco que sea receptivo a esta dinámica).

parte de la raíz de la tradición sobre la igual protección, el estado podía discriminar en forma expresa [*facially*] a favor de los miembros de grupos subordinados bajo la Cláusula de Igual Protección, y no podía involucrarse en prácticas explícitamente neutrales que los dañaran, a menos que la imposición estuviera justificada por alguna necesidad pública primordial y de peso.

Por supuesto, sabemos que la Corte decidió *Washington v. Davis*²²⁵ y *Bakke* en forma distinta al exhorto de Fiss. En *Davis*, y posteriormente en *Personnel Administrator v. Feeney*,²²⁶ la Corte utilizó la presunción contra las clasificaciones de manera restrictiva, para limitar los tipos de perjuicios causados por el Estado que podían considerarse como violaciones a la igual protección. La acción estatal era ahora ‘neutral’ e ‘igual’, sin importar que dañara a las minorías en forma desproporcionada, a menos que utilizara una clasificación sospechosa o reflejara propósitos discriminatorios, un concepto que la Corte relacionó con las formas de animosidad racial o ‘antipatía’ que la presunción contra la clasificación

225. 426 U.S. 229 (1976).

226. 442 U.S. 256 (1979).

227. En *Davis*, la Corte convalidó un examen para empleo en el departamento de policía del Distrito de Columbia, a pesar de que los solicitantes negros desaprobaban el examen cuatro veces más que los blancos. *Davis*, 426 U.S. pág. 237. Al sostener que el uso del examen no violaba la Decimocuarta Enmienda, la Corte se basó en el principio de la anticlassificación para limitar el tipo de prácticas gubernamentales que violaban la Cláusula de Igual Protección:

No hemos afirmado que una ley explícitamente neutral y que sirve objetivos que están dentro del poder que el gobierno puede por lo demás perseguir, es inválida bajo la Cláusula de Igual Protección, simplemente porque puede afectar una mayor proporción de una raza que la otra. El impacto desproporcionado no es irrelevante, pero no es el único criterio de una discriminación racial odiosa prohibida por la Constitución. Considerada en forma aislada, no dispara la aplicación de la regla establecida en *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964), según la cual las clasificaciones raciales deben sujetarse al más estricto escrutinio y son justificables sólo por consideraciones que tengan el mayor peso.

Davis, 426 U.S. pág. 242 (cita paralela omitida). Para desafiar prácticas gubernamentales explícitamente neutrales con efectos dispares sobre las minorías, los demandantes tenían que demostrar que la práctica cuestionada había estado animada por propósitos discriminatorios. Véase *id.*, pág. 239.

En *Feeney*, la Corte estableció que una preferencia absoluta de contratación para veteranos en el servicio de empleo público civil era constitucional, a pesar de que el tribunal de primera instancia encontró que tenía un “impacto devastador” en las oportunidades de empleo de las mujeres, un impacto que según la Corte asumió era “previsible”. *Feeney*, 442 U.S. pág. 260, 278. En *Feeney*, la Corte se basó de nuevo en el concepto de clasificación para restringir el alcance de la Cláusula de Igual Protección:

Incluso cuando una ley neutral tiene un efecto adverso desproporcionado sobre una minoría racial, es inconstitucional bajo la Cláusula de Igual Protección sólo si dicho impacto puede relacionarse con un propósito discriminatorio...

Los casos *Washington v. Davis* y *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp.* reconocen que es posible que, cuando una ley neutral tenga impacto dispar sobre un grupo que históricamente ha sido víctima de discriminación, esté operando un propósito inconstitucional. Pero aquellos casos no señalan un apartamiento de la regla establecida de que la Decimocuarta Enmienda garantiza leyes iguales, no resultados iguales.

Id., pág. 272-73 (citas y citas paralelas omitidas). La Corte procedió entonces a definir el propósito discriminatorio como aquel que involucra un estado mental similar al dolo:

‘Un propósito discriminatorio’, sin embargo, implica más que intención como volición o intención como conciencia de las consecuencias. Implica que quien toma decisiones, en este caso una legislatura estadual, haya seleccionado o reafirmado un curso de acción particular al menos en parte ‘en razón de’, y no simplemente ‘a pesar de’, sus efectos adversos sobre un grupo identificable.

Id., pág. 279 (nota al pie de página y cita omitidas).

estaba diseñada para limitar.²²⁷ En *Davis y Feeney* la Corte aplicó el concepto de la clasificación restrictivamente, para limitar los tipos de daños infligidos por el estado a los grupos minoritarios que la Cláusula de Igual Protección limitaría, mientras que en *Bakke* cinco miembros de la Corte aplicaron el concepto de la clasificación expansivamente, de un modo que era nuevo y que estaba significativamente atento a los perjuicios que las iniciativas contra la segregación conscientes a la raza podían causar a los miembros de grupos mayoritarios.²²⁸ Sin duda, los valores de la antisubordinación no guiaron la aplicación del principio de anticlasificación en estos casos; por el contrario, en *Davis y Bakke* la Corte utilizó el discurso de la anticlasificación para limitar los valores de la antisubordinación.

Si entendemos la anticlasificación y la antisubordinación como principios en pugna referidos a las elecciones que la Corte enfrentó en *Davis y Bakke*, entonces se sigue que la Corte adoptó la anticlasificación y repudió la antisubordinación cuando decidió estos casos, y rechazó convertir la doctrina de la igual protección en receptiva de las cuestiones relativas a la desventaja de grupo, tal como exhortó Fiss. Éste es el entendimiento convencional de la jurisprudencia de la Decimocuarta Enmienda.²²⁹ Sin embargo, este entendimiento está basado en una comprensión errónea de la moderna tradición de la igual protección. No es solamente que los valores de la antisubordinación jugaron un rol central en la justificación de *Brown* durante todos los años '50, o que durante los años '60 y '70 los valores de la antisubordinación fueran expresados a través de la presunción de que las clasificaciones raciales eran inconstitucionales (una presunción cuya aplicación estos valores también guiaron). Incluso en los años '70, cuando comenzó a utilizar el discurso de la anticlasificación para limitar, más que para expresar, los valores de la antisubordinación, la Corte nunca adoptó una interpretación de la igual protección excluyendo la otra. La Corte reconoció primero, en los años '70, que las acciones del estado basadas en el sexo podían violar la Cláusula de Igual Protección, en una línea de casos que empleó el concepto de clasificación para definir y limitar los tipos de

228. Véase *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 307 (1978). En la línea de casos relativos al propósito discriminatorio, la Corte empleó el concepto de clasificación para reafirmar un entendimiento restrictivo del daño que da lugar a una violación de la igual protección. Sugirió que la acción estatal explícitamente neutral con un impacto racial desproporcionado viola la cláusula sólo si está motivada por el tipo de estado mental en que la Corte presumiblemente entendió que el uso de clasificaciones raciales estaba basado: la falta de respeto racial u hostilidad. Es difícil igualar esta mirada restrictiva de una violación a la igual protección con los casos de acción afirmativa, tanto porque los casos de acción afirmativa aumentan el rango de daños que pueden constituir una violación a la igual protección, como porque estos casos tratan a la clasificación como una práctica equivocada cuando está animada por estados mentales distintos a aquellos que, según los casos sobre propósito discriminatorio, son elementos requeridos para una violación. El análisis en el texto sugiere un marco importante para reconciliar la discrepancia aparente entre las dos líneas de casos.

229. Véase fuentes citadas *supra* nota 10.

230. La Corte aplicó por mayoría el escrutinio elevado en una acción estatal basada en el sexo en *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 688 (1973), y adoptó por unanimidad el estándar en *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976). En este mismo período, la Corte estableció que los demandantes podía cuestionar la acción estatal como discriminadora de las mujeres sólo si utilizaba una clasificación basada en el sexo con ciertas especificaciones doctrinales. Véase *Feeney*, 442 U.S. pág. 275 (estableció que una política que otorgaba una preferencia de contratación a veteranos no empleó una clasificación basada en el sexo dentro del significado de la Cláusula de Igual Protección); *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484, 496 n. 20 (1974)

prácticas que eran constitucionalmente catalogables como discriminación sexual.²³⁰ Pero consideró las clasificaciones como un mal constitucional en buena medida debido a que podían imponer o perpetuar la ‘inferioridad’ de las mujeres como grupo.²³¹ Una no puede entender la forma y el movimiento que adoptó el discurso anticlasificación en la moderna doctrina de la igual protección sin apreciar cómo y por qué el discurso expresa, oculta y limita las preocupaciones de la antisubordinación.

Considere el lector las decisiones más recientes de la Corte sobre las acciones afirmativas. En el fallo *Grutter v. Bollinger*,²³² una mayoría de la Corte adoptó el razonamiento del voto del juez Powell en *Bakke*, y sostuvo que las universidades públicas podían promover la diversidad de sus cuerpos estudiantiles mediante la consideración de la raza como un factor en los procesos de admisión, siempre y cuando la oficina de admisión continuara evaluando a todos los postulantes como individuos.²³³ La opinión del caso *Grutter* demuestra el rol central que los valores de la antisubordinación continúan jugando en la jurisprudencia de la igual protección, incluso cuando ilustra penosamente hasta dónde está dispuesta a ir la Corte para disfrazar y limitar los valores de la antisubordinación al interpretar la Constitución.

Grutter no se limita a incorporar al tejido del derecho constitucional el razonamiento del juez Powell sobre la diversidad en las prácticas de admisión conscientes a la raza. *Grutter* transformó el razonamiento de la diversidad al momento que lo adoptaba, expandiendo el concepto de diversidad de un modo que abarcara explícitamente los valores de la antisubordinación. En este fallo, la diversidad ya no es meramente el interés del estado por garantizar que el ambiente de aprendizaje en las instituciones de educación superior sea ocupado por personas con experiencias de vida divergentes; la opinión también explica el valor de la diversidad como el valor de una ciudadanía educada en una sociedad democrática.²³⁴ Al hacerlo, la decisión define el interés del estado en lograr ‘diversidad’ como un interés en asegurar que ningún grupo sea excluido de participar en la vida pública y ser relegado así a un estatus de segunda clase o de forastero, así como un interés en cultivar en todos los ciudadanos la

(estableció que una política que denegaba beneficios laborales a mujeres embarazadas no utilizaba una clasificación basada en el sexo dentro del significado de la Cláusula de Igual Protección). Para un relato del rol organizador que el concepto de clasificación juega en la jurisprudencia de la discriminación sexual, véase Reva B. Siegel, “She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family”, 115 *Harv. L. Rev.* 947, 953-60 (2002).

231. Véase *Frontiero*, 411 U.S. pág. 684-88 (voto de la mayoría) (razona que la Cláusula de Igual Protección requiere un escrutinio estricto de la clasificación estatal basada en el sexo porque el trato discriminatorio dirigido a las mujeres en el transcurso de la historia de la nación se asemeja en aspectos importantes al tratamiento de los negros); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 534 (1996) (explica que, bajo estándares de escrutinio elevado, las “clasificaciones en base al sexo no pueden ser usadas, como alguna vez lo fueran, para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de las mujeres” (cita omitida)).

232. 123 S. Ct. 2325 (2003).

233. Véase *id.*, pág. 2341-42.

234. *Id.*, pág. 2339-40. Véase “Robert C. Post, The Supreme Court, 2002 Term - Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law”, 117 *Harv. L. Rev.* 4, 60-61 (2003).

confianza de que tendrán la oportunidad de ocupar posiciones de liderazgo nacional, incluso si los miembros de su grupo están insuficientemente representados en tales posiciones.²³⁵

Grutter reconoce abiertamente que el Estado tiene un interés muy fuerte en considerar la raza de los postulantes a una universidad pública, para asegurar que ningún grupo sea excluido sistemáticamente de las posiciones de liderazgo e influencia cívicas. Pero la Corte oculta el razonamiento de la antisubordinación en su decisión, e impone requisitos prácticos sobre el proceso de admisión que están diseñados para limitar su expresión institucional. La opinión de la jueza O'Connor resaltó que "la Decimocuarta Enmienda 'protege personas, no grupos'",²³⁶ y repetidamente se distanció de las justificaciones de las acciones afirmativas basadas en la noción de grupo.²³⁷ Aunque *Grutter* analiza las consideraciones de justicia social y legitimidad política planteadas por un orden social en el cual los miembros de algunos grupos son excluidos a perpetuidad de las posiciones de liderazgo nacional, se refiere a estas preocupaciones en la nomenclatura familiar e imprecisa de la 'diversidad', e insiste en que las oficinas de admisión universitaria empleen el concepto asociado de 'masa crítica' para justificar su preocupación por el número de miembros de grupos minoritarios admitidos.²³⁸ Finalmente, *Grutter* y el caso asociado a él²³⁹ imponen

235. Al explicar el interés urgente de la universidad por la diversidad estudiantil, la Corte observó:

El gobierno de los Estados Unidos, en carácter de *amicus curiae*, afirma que "asegurar que las instituciones públicas estén abiertas y disponibles para todos los segmentos de la sociedad norteamericana, incluyendo gente de todas las razas y etnicidades, representa un objetivo fundamental del gobierno." Y que "en ningún lugar la importancia de tal apertura es más precisa que en el contexto de la educación superior." La participación efectiva por parte de miembros de todos los grupos raciales y étnicos en la vida civil de nuestra Nación es esencial si se quiere realizar el sueño de una Nación indivisible.

Más aun, las universidades, y en particular, las facultades de derecho, representan la base de entrenamiento para un amplio número de líderes de nuestra Nación...

A fin de cultivar a un conjunto de líderes con legitimidad a los ojos de la ciudadanía, es necesario que el camino hacia el liderazgo sea visiblemente abierto a individuos talentosos y calificados de cada raza y etnicidad. Todos los miembros de nuestra heterogénea sociedad tienen confianza en la apertura e integridad de las instituciones educativas que proveen este entrenamiento... El acceso a la educación jurídica (y así a la profesión legal) debe ser inclusivo de individuos talentosos y calificados de cada raza y etnicidad, de manera que todos los miembros de nuestra heterogénea sociedad puedan participar en las instituciones educativas que proveen el entrenamiento y educación necesarios para tener éxito en los Estados Unidos.

Grutter, 123 S. Ct. pág. 2340-41 (alteraciones en el original) (citas omitidas) (cita el *amicus brief* presentado por el gobierno de los Estados Unidos).

236. *Id.* pág. 2337 (alteración en el original) (cita *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995)).

237. Véase, por ej., *id.* pág. 2336 (cita el repudio del juez Powell a las justificaciones de la acción afirmativa preocupadas por el estatus social de grupos minoritarios); *id.* pág. 2339 (observa que el interés de la facultad de derecho en admitir 'una masa crítica' de estudiantes minoritarios es un interés en los beneficios educativos que surgen de la diversidad, y no meramente un interés en admitir un porcentaje fijo de un grupo en particular en razón de su raza, lo cual "implicaría un emparejamiento racial completo, lo que es patentemente inconstitucional"); cf. Lani Guinier, "The Supreme Court, 2002 Term - Comment: Admissions Rituals as Political Acts: Guardians at the Gates of Our Democratic Ideals", 117 *Harv. L. Rev.* 113, 176 (2003).

238. Véanse fuentes citadas en *supra* nota 237.

239. *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411 (2003).

un conjunto de restricciones institucionales que ocultan la consideración de la raza en las admisiones, y enfatiza el derecho constitucional de cada postulante a ser considerado como un 'individuo'. Este derecho a ser tratado como individuo no tiene un valor funcional en la doctrina de la igual protección, más que como una limitación sobre la consideración de la raza (u otros estatus protegidos) en las admisiones universitarias y otros contextos distributivos.²⁴⁰

El fallo utilizó en cada paso el discurso de la anticlasificación para limitar y para disimular la expresión de los valores de la antisubordinación. El caso demuestra el profundo deseo de la Corte de proteger la interpretación de la Cláusula de Igual Protección de las preocupaciones sobre grupos, estructuras sociales, castas y subordinación. En otras palabras, *Grutter* advierte de manera ferviente en contra de interpretar la Cláusula de Igual Protección en términos de los propios valores que la decisión de hecho encarna. A pesar de las declaraciones en contra, *Grutter* expresa una interpretación antisubordinación de la cláusula. El fallo *Grutter* entiende que la presunción contra las clasificaciones raciales se interesa por la jerarquía racial; la decisión permite la asignación racial de oportunidades educativas cuando el estado busca inhibir o terminar con las relaciones de casta, siempre y cuando actúe en un modo en que no exacerbe indebidamente la conciencia racial, o que despierte el resentimiento de los miembros de un grupo mayoritario.²⁴¹

Cuando apreciamos el conjunto complejo de valores que el discurso de la anticlasificación encarna en *Grutter*, es posible observar la misma dinámica analizando otros temas de la

240. La Corte observa:

Como el juez Powell lo dijo claramente en *Bakke*, una consideración verdaderamente individualizada demanda que la raza sea utilizada de una forma flexible y no mecánica. Se sigue de este mandato que las universidades no pueden establecer cuotas para miembros de determinados grupos raciales o poner a miembros de dichos grupos en casilleros de admisión separados. Las universidades tampoco pueden aislar a los solicitantes que pertenecen a determinados grupos raciales o étnicos de la competencia para la admisión. Las universidades pueden, no obstante, considerar a la raza o etnicidad más flexiblemente como un factor 'extra' en el contexto de consideraciones individualizadas de cada uno de los solicitantes.

Grutter, 123 S. Ct. pág. 2342 (citas omitidas). Dentro de la doctrina de la igual protección, ser tratado como un 'individuo' tiene un significado especial. Los solicitantes que son evaluados como individuos pueden ser categorizados y valorados en base a cualquier rasgo (por ejemplo, calificaciones, puntos de exámenes estandarizados, ingresos de los padres, residencia, escuela secundaria, afiliaciones como estudiante o habilidades atléticas o musicales) excepto la raza. Véase Siegel, "Discrimination in the Eyes of the Law", *supra* nota 224, pág. 92-93.

241. Algunas opiniones tempranas de la jueza O'Connor aplicaron el escrutinio estricto para inhibir referencias abiertas o institucionalizadas a la raza en la vida pública. Véase, por ej., *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 505-06 (1989) (voto de la mayoría) (O'Connor, J.) ("La aceptación del reclamo de Richmond relativo a que la discriminación social pasada puede servir ella sola como base para preferencias raciales rígidas, implicaría abrir la puerta a reclamos en competencia a 'una reparación judicial' para cada grupo desaventajado. El sueño de una Nación de ciudadanos iguales en una sociedad donde la raza es irrelevante para la oportunidad y logro personal quedaría perdido en un mosaico de preferencias cambiantes, basadas en reclamos inherentemente inconmensurables de perjuicios pasados."). Al mismo tiempo, ella ha empleado marcos de análisis tanto simétricos como asimétricos para permitir preferencias a favor de miembros de grupos minoritarios, a pesar del daño que estas preferencias puedan infligir a los miembros del grupo mayoritario, en programas de acción afirmativa que presentan los estándares de revisión exigentes de la Corte. Véase *Adarand*, 515 U.S. pág. 229-30. Para un relato sutilmente diferente de los compromisos que han moldeado la jurisprudencia sobre acción afirmativa de O'Connor, véase Akhil Reed Amar & Neal Kumar Katyal, "Bakke's Fate", 43 *UCLA L. Rev.* 1745, 1763-67 (1996).

jurisprudencia de la igual protección. Considere el lector la línea de casos sobre discriminación *de facto*. Generalmente se cree que cuando la Corte exigía a los demandantes que desafiaban las acciones explícitamente neutrales del estado que probaran el propósito discriminatorio, el tribunal estaba adoptando los valores de la anticlassificación y repudiando los valores de la antisubordinación.²⁴² Sin embargo, incluso la doctrina sobre el propósito discriminatorio se apoya en una interpretación racialmente asimétrica de la Cláusula de Igual Protección. Los casos sobre propósito discriminatorio típicamente giran en torno a las acciones explícitamente neutrales del estado que benefician a los grupos mayoritarios. La Corte ha tratado las asignaciones explícitamente neutrales que benefician a los grupos minoritarios de forma diferente: los casos sobre acción afirmativa de la Corte repetidamente sugieren que la acción del estado explícitamente neutral que asigna en función de la raza, y que beneficia a los grupos subordinados, está constitucionalmente permitida.²⁴³ El debate que conduce a *Grutter* ilustra gráficamente la base racialmente asimétrica de la doctrina del propósito discriminatorio. Mucha gente defendió los ‘planes de porcentaje’ explícitamente neutrales como una alternativa a las acciones afirmativas conscientes a la raza.²⁴⁴ En este debate, algunos sostuvieron que las acciones explícitamente neutrales del estado al asignar en términos raciales eran inconstitucionales, pero nadie cuestionó el fin de asignación racial de aumentar el acceso de las minorías a la educación superior, del modo en que podrían haber cuestionado el objetivo abiertamente declarado de una universidad de aumentar el número de estudiantes blancos admitidos.²⁴⁵ Así, si bien la doctrina del propósito discriminatorio se deriva del discurso anticlassificación –las acciones estatales explícitamente neutrales que tienen un impacto racial dispar son racialmente ‘neutrales’ sólo con referencia al propio concepto de la clasificación–, el poder judicial desarrolló el concepto del propósito discriminatorio con una sensibilidad por el estatus social de

242. Véanse fuentes citadas *supra* nota 10.

243. Véase *Grutter*, 123 S. Ct. pág. 2346; *Crosby*, 488 U.S. pág. 509-10 (voto de mayoría) (O’Connor, J.); *id.*, pág. 526 (Scalia, J., concurre en la decisión). Para argumentos similares en los tribunales inferiores, véase *Lutheran Church-Missouri Synod v. FCC*, 141 F.3d 344, 351 (D.C. Cir. 1998); y *Podberesky v. Kirwan*, 38 F.3d 147, 161 (4th Cir. 1994). Pero véase Ian Ayres, “Narrow Tailoring”, 43 *UCLA L. Rev.* 1781, 1784 (1996) (argumenta que los medios racialmente neutrales para incrementar el enrolamiento de minorías deben estar sujetos a escrutinio estricto, y no pueden estar diseñados más estrechamente que las clasificaciones raciales explícitas).

244. Para una cita de comentaristas conservadores prominentes que defienden el uso de medios racialmente neutrales para incrementar el enrolamiento de las minorías, véase Kim Forde-Mazrui, “The Constitutional Implications of Race-Neutral Affirmative Action”, 88 *Geo. L.J.* 2331, 2349 n.75 (2001).

245. Mientras que varios artículos afirman que las medidas explícitamente neutrales diseñadas para beneficiar a las minorías pueden bajo ciertas circunstancias ser inconstitucionales, véase, por ej., *id.*, pág. 2335-36; Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, “Affirmative Action in Education: The Trust and Honesty Perspective”, 7 *Tex. F. on C.L. & C.R.* 187 (2002), nadie menciona ningún caso que haya realmente invalidado un programa con estos fundamentos. Otros artículos llegan a la conclusión de que tales políticas de ‘acción alternativa’ serían encontradas constitucionales si fueran desafiadas judicialmente. Véase Paul Diller, Note, “Integration Without Classification: Moving Toward Race-Neutrality in the Pursuit of Public Elementary and Secondary School Diversity”, 99 *Mich. L. Rev.* 1999, 2042-45 (2001); véase también Wendy Parker, “The Color of Choice: Race and Charter Schools”, 75 *Tul. L. Rev.* 563, 591-92 (2001) (describe el modo en que los tribunales de apelación y de primera instancia han confirmado programas explícitamente neutrales, en particular programas de enrolamiento y de extensión, claramente motivados por el propósito de beneficiar minorías).

los grupos que los gobiernos benefician y perjudican. Resulta que incluso en el área de la doctrina del propósito discriminatorio, la Cláusula de Igual Protección ha sido interpretada en modos que encarnan una preocupación por la subordinación de grupo.

De hecho, el interés por la subordinación dio forma al propio concepto de clasificación. El derecho antidiscriminación de los Estados Unidos no tiene criterios definidos para decidir qué prácticas son clasificaciones basadas en el grupo, y pese a que los tribunales a veces articulan tales criterios, a menudo los aplican de forma incoherente. Como revela esta inconsistencia, los juicios acerca de si las prácticas son clasificaciones constitucionalmente sospechosas son tanto normativos como positivos.²⁴⁶ Estos juicios a veces dependen de intuiciones –moldeadas por los movimientos sociales de *advocacy*– acerca de si la práctica perpetúa injustamente la desigualdad grupal. Por ejemplo, en la época en que se decidió *Brown*, la recopilación de datos raciales era cuestionada como una forma sospechosa de acción estatal basada en la raza, pero este entendimiento cambió cuando la práctica fue incorporada al aparato de aplicación de las nuevas leyes de derechos civiles del país.²⁴⁷ A partir de entonces, los tribunales convalidaron la práctica sin caracterizarla como una clasificación racial sujeta a la presunción de inconstitucionalidad, una interpretación que ha sido una vez más desestabilizada por parte de los movimientos

246. Para un argumento general al respecto, véase Balkin & Siegel, *supra* nota 10. Véase también Reva B. Siegel, "A Short History of Sexual Harassment", en *Directions in Sexual Harassment Law* 1, pág. 11-16 (Catharine A. MacKinnon & Reva B. Siegel eds., 2004) (formula este argumento con referencia a la jurisprudencia sobre discriminación sexual). Richard Primus ilustra en algún detalle cómo la caracterización de una práctica como una clasificación racial puede involucrar tanto juicios normativos como positivos. Véase Primus, *supra* nota 157, pág. 509-15.

247. Véase *supra* nota 158.

248. En los años setenta, los tribunales federales rechazaron en dos ocasiones los cuestionamientos a la recolección por parte del gobierno de información racial de acuerdo con la legislación de los derechos civiles. En *United States v. New Hampshire*, el Primer Circuito confirmó los requisitos de recolección de información racial de la sección 709(c) del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, 42 U.S.C. 2000e-8(c) (2000), como un ejercicio razonable de los poderes de implementación del Congreso establecidos en la Decimocuarta Enmienda, sin discutir si el requisito de recolección de información era una clasificación racial. Véase *United States v. New Hampshire*, 539 F.2d 277 (1st Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 1023 (1976). Dos años más tarde, cuando los demandantes presentaron cuestionamientos basados en la igual protección a la recolección de información racial requerida como parte de una investigación de la Oficina de Derechos Civiles de la asignación de lugares de trabajo a maestros en las escuelas de New York, el Segundo Circuito tan sólo citó al Primer Circuito en apoyo de su declaración de que "la propia Constitución no condena la recolección de esta información." *Caulfield v. Bd. of Educ.*, 583 F.2d 605, 611 (2d Cir. 1978).

En 2000, una corte de Primera Instancia Federal denegó los reclamos de los demandantes relativos a que las preguntas sobre identificación racial del formulario del Censo de los Estados Unidos violaban la Quinta Enmienda. Al rechazar el argumento de que los requisitos del censo tenían que ser revisados como clasificaciones raciales sujetas a escrutinio estricto, el tribunal citó *United States v. New Hampshire* y simplemente explicó: "La posición de los demandantes está basada en el entendimiento incorrecto de la distinción entre recolectar información demográfica de modo tal que el gobierno pueda tener la información que considera que necesita en un tiempo dado a fin de gobernar, y el uso de categorías sospechosas sin un interés suficientemente convincente." *Morales v. Daley*, 116 F. Supp. 2d 801, 814 (S.D. Tex. 2000). El tribunal caracterizó las preguntas del censo como "requiriendo que las personas se auto-clasifiquen racial o étnicamente," y sobre esta base exceptuó a la práctica del escrutinio judicial estricto, en tanto y en cuanto la información recabada no fuera puesta al servicio de propósitos discriminatorios secundarios. *Id.*, pág. 814. En otras palabras, la recolección de información racial entendida a los efectos de servir objetivos racialmente igualitarios no es considerada una clasificación racial sujeta a la presunción de inconstitucionalidad.

sociales de *advocacy* en nuestros días.²⁴⁸ Actualmente, luego de las protestas en contra del sesgo racial al identificar sospechosos [*racial profiling*] en el sistema de justicia penal, el poder judicial está empezando –en forma incómoda– a considerar si las prácticas de la aplicación de la ley comúnmente utilizadas para describir y detener a sospechosos cuentan como clasificación racial dentro del significado de la Cláusula de Igual Protección.²⁴⁹ El debate normativo sobre los modos de reconciliar los valores de la seguridad y la igualdad, así como el rol que los jueces deben jugar en este proceso, determinarán finalmente si el sistema jurídico caracteriza dichas prácticas como clasificaciones raciales.²⁵⁰ Los tribunales, iluminados por las movilizaciones sociales, recurrirán al discurso anticlasificación para expresar o limitar las preocupaciones sobre el daño al estatus que las prácticas plantean.

B. Las cuestiones sobre legitimidad impregnan el discurso de la igualdad constitucional

¿Por qué es que el derecho de la igual protección se apoya tan fuertemente en la presunción de que las clasificaciones raciales son inconstitucionales para defender valores cambiantes y a veces contradictorios?

Como demuestra la primera parte de este artículo, un primer e importante propósito de la presunción fue eximir a quienes tenían que decidir judicialmente sobre la segregación de la carga de explicar por qué la práctica violaba la Constitución. *Brown* declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas debido al daño que esa segregación causaba a los niños negros, y enfrentó críticas incesantes. Con el tiempo, la Corte abandonó el esfuerzo de explicar por qué la segregación era inconstitucional, para comenzar a decidir empleando la presunción de que las clasificaciones raciales eran inconstitucionales. La Corte parece haber adoptado la idea de resolver mediante la presunción al menos en parte con el fin de reforzar su autoridad para cuestionar el *status quo* racial.

Al decidir *Brown*, la Corte había adoptado una interpretación de la Cláusula de Igual Protección que alienó a grupos con condiciones sociales y aptitudes suficientes para desafiar la autoridad de la propia Corte. Mientras la Corte interpretaba la Constitución para cuestionar la posición y los valores de los blancos que buscaban mantener la segregación, éstos a su vez acusaban a la Corte de ilegitimidad y parcialidad de grupo. Al encontrarse

Cf. Angela P. Harris, "Cluster III: Introduction", 55 *Fa. L. Rev.* 319, 326 (2003) (observa que la doctrina de la igual protección "prohíbe la acción estatal maliciosa consciente a la raza en un número inéditamente creciente de ámbitos, mientras que al mismo tiempo [permite al estado] hacer un seguimiento de la gente a través de la clasificación racial con el objeto de aplicar la ley antidiscriminatoria").

Hoy en día, existe un movimiento social dedicado a recharacterizar la recolección de información racial para la implementación de los derechos civiles como una práctica de clasificación racial sujeta a la presunción de inconstitucionalidad. Para una discusión de la *Racial Privacy Initiative*, véase *supra* pág. 84. Para un análisis de la recolección de información como una práctica de construcción racial, y para un relato de la movilización política a raíz del Censo del año 2000, véase Naomi Mezey, "Erasure and Recognition: The Census, Race and the National Imagination", 97 *Nw. U. L. Rev.* 1701 (2003).

249. Para un resumen de los argumentos complejos en este debate, véase *Brown v. City of Oneonta*, 235 *F.3d* 769, 771-77 (2d Cir. 2000) (Walker, C.J., voto concurrente al denegar volver a decidir el caso con el tribunal en pleno); *id.* pág. 779-89 (Calabresi, J., opinión disidente respecto a denegar volver a decidir el caso); *id.*, pág. 789-92 (Straub, J., disenso respecto de denegar volver a decidir el caso); and Banks, *supra* nota 160.

250. Véase, por ej., Balkin & Siegel, *supra* nota 10.

asediada, la Corte necesitaba algo más que una justificación principista para su práctica interpretativa. Necesitaba un relato de la Constitución que pudiera obtener la lealtad –si es que no el consenso, al menos un disenso comprometido– de aquellos a quienes las decisiones de la Corte habían alienado.

Cuando el problema es planteado en estos términos, se hace evidente el motivo por el cual la Corte y muchos de los defensores de su trabajo empezaron a silenciar la defensa abierta de las decisiones sobre la igual protección en un lenguaje que manifestara preocupación por la desigualdad grupal o conceptos asociados de subordinación y estatus. Razonar sobre las prácticas que ponen injustamente en desventaja a los grupos o que les imponen un estatus inferior o de segunda clase requiere formular juicios positivos y normativos de naturaleza provocativamente política. Como cuestión descriptiva, los conceptos sobre subordinación centran su atención en las relaciones de grupo enfrentadas que estructuran la sociedad. Como cuestión normativa, los conceptos de subordinación ponen en cuestionamiento la legitimidad de las prácticas y entendimientos habituales que regulan y racionalizan las posiciones sociales de los grupos.

De manera más profunda, interpretar que la Constitución prohíbe las prácticas que imponen la desigualdad de grupos genera preguntas sobre los privilegios de los más poderosos en la sociedad. Y parece mostrar una atención diferenciada a los grupos que desafía convenciones de respeto enraizadas con el fin de privilegiar el bienestar de los menos poderosos sobre aquellos más poderosos. Finalmente, los esfuerzos abiertos por remediar las desigualdades grupales pueden tener el efecto paradójico de afianzarlas, precisamente en la medida en que la intervención aumenta la conciencia política y el conflicto.²⁵¹ Por estas razones, un tribunal que promueva abiertamente la reparación de la subordinación grupal puede provocar la resistencia de aquellos que han presupuesto desde hace mucho tiempo la legitimidad de su propia autoridad, y esto puede inhibir un compromiso o alianza con aquellos que pueden beneficiarse mediante una sentencia judicial.

Por supuesto, estos problemas tal vez no sean mayores que los beneficios y virtudes derivados de la claridad normativa. Los jueces pueden ejercer su autoridad abiertamente o sacrificar la claridad normativa en aras de un cambio seguro, del modo en que lo requiera la comprensión de su propio rol y las circunstancias. Pero un tribunal que busca intervenir alterando el estatus debe realizar juicios acerca de cuándo y cómo proceder, sabiendo que, en última instancia, no podrá garantizar el cambio sistémico a través de la fuerza bruta; los esfuerzos por transformar una sociedad a través del proceso judicial exigen la confianza política y el consentimiento de los propios grupos que el tribunal va a someter

251. Para expresiones de la jueza O'Connor sobre estas preocupaciones, véase *supra* nota 241. Muchos han sugerido que el uso de herramientas conscientes a la raza para compensar la desigualdad racial puede provocar altos costos sociales. Estas preocupaciones fueron expresadas por primera vez de manera enérgica por conservadores, pero ahora han sido retomadas por activistas de todo el espectro político. Por supuesto, quienes tienen compromisos políticos diferentes evalúan diferentemente los costos; pueden estar preocupados por la 'balcanización', por la construcción de coaliciones o por el esencialismo, dominación o victimización racial. Véase, por ej., Angela P. Harris, "Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law", 88 *Cal. L. Rev.* 1923, 2001 (2000); Darren Lenard Hutchinson, "Progressive Race Blindness?: Individual Identity, Group Politics, and Reform", 49 *UCLA L. Rev.* 1455, 1457 (2002).

a la fuerza de la ley. Los grupos cuyos privilegios sociales el derecho limita podrán oponerse, incluso vehementemente; pero deberán reconocer finalmente que la Constitución a la cual están sujetos es *su* derecho, o ésta perderá autoridad *como* derecho.

Ésta, en un nivel de abstracción elevado, es la historia del discurso de la anticlasificación tal como se ha desarrollado en las décadas luego de *Brown*. En *Cooper v. Aaron*,²⁵² la Corte afirmó que ella tenía la autoridad última para enunciar el significado de la Constitución, pero sólo aseguró la autoridad de *Brown* con el tiempo, con la participación real de las ramas representativas del gobierno federal, y un movimiento multifacético a favor de la emancipación racial.²⁵³ La Corte lideró, acompañó, retrocedió y arribó a compromisos al interpretar la Constitución, a medida en que las comunidades en todo el país hacían reclamos sobre su significado. La falta de dirección y las contradicciones internas del discurso de la anticlasificación son artefactos de estas luchas. Hasta el día de hoy, el derecho a la igual protección sigue siendo poco claro acerca del tipo de perjuicio que rectifica y los valores que encarna. Estas cuestiones siguen estando sujetas a negociaciones continuas, con respuestas que se van desarrollando mientras la justicia federal lucha por definir la doctrina de la igual protección en términos que puedan lograr el consentimiento conflictivo de la sociedad. A la sombra de estas negociaciones, los desarrollos legales y políticos en la mitad de siglo transcurrida desde *Brown* aliviaron pero de ninguna manera eliminaron la estratificación racial de la sociedad norteamericana. Esta es una historia en la cual, según algunos, la promesa de *Brown* se hizo efectiva, mientras que para otros fue traicionada.

Hoy en día, la mayoría de los norteamericanos cree que las acciones estatales que clasifican en base a la raza son inconstitucionales. Sin embargo, sigue existiendo un amplio desacuerdo sobre las interpretaciones y las prácticas que esta presunción conlleva, y sobre por qué esto es así. La capacidad que la presunción tiene para mantener esta forma de consentimiento conflictivo pareciera ser el fundamento de su autoridad constitucional. Ello es así pues una norma que puede lograr la fidelidad de una nación dividida crea una comunidad en el disenso, haciendo posible los debates a través de los cuales el significado de los compromisos constitucionales de un país se va desarrollando en la historia.

Conclusión

Comunmente se supone que la tradición moderna de la igual protección está fundada en el principio de que el estado no puede clasificar en base a la raza, un entendimiento que, según citas legales y populares, la Corte habría anunciado primero en *Brown*. Este artículo ha mostrado que el principio de la anticlasificación no fue el fundamento de la decisión en *Brown*, sino que en cambio surgió a partir de luchas sobre la implementación de la decisión.

252. 358 U.S. 1 (1958).

253. Véase Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict*, pág. 282-310 (1992) (considera la implementación de *Brown* desde el punto de vista de la observación del juez Jackson de que "nuestra decisión no termina sino que da comienzo a la lucha sobre la segregación" (cita el borrador de la concurrencia del juez Jackson en *Brown*) (comillas internas omitidas)); Robert C. Post & Reva B. Siegel, "Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel", 110 *Yale L.J.* 441, 516-17 (2000); véase también *supra* pág. 110-111.

¿Qué diferencia hace entender el principio de la anticlassificación como un residuo de las luchas sobre la implementación de *Brown*? Al reconstruir la historia de la presunción de que la clasificación racial es inconstitucional, podemos apreciar mejor cómo, a través de las décadas, un precepto aparentemente simple ha sido utilizado al servicio de un conjunto de valores sociales cambiante y conflictivo. Comúnmente se entiende que la tradición moderna de la igual protección está basada en la adopción del individualismo asociado al principio de la anticlassificación, y como un rechazo de las preocupaciones sobre la desigualdad de grupo asociadas con el principio de la antisubordinación. La historia complica fructíferamente este escenario cuando muestra que los tribunales han utilizado la presunción contra la clasificación racial para expresar, ocultar y limitar las preocupaciones constitucionales sobre las prácticas que implementan una desigualdad de grupo. Los antecedentes también identifican algunas de las preocupaciones sobre la legitimidad que condujeron a los tribunales a practicar la incoherencia y contradicción en la interpretación constitucional, en la medida en que los jueces se las ingeniaban para enmascarar y limitar un régimen constitucional que intervendría en los asuntos de los grupos con mayor autoridad social, en nombre de aquellos que tienen menos.

Esta narración descriptiva más compleja del pasado, así como de los principios que definen nuestra tradición constitucional, tiene implicancias normativas para los argumentos que podemos hacer sobre ellos en la actualidad. Nos enseña que las preocupaciones sobre la subordinación de grupo están en el centro de la tradición moderna de la igual protección, y al mismo tiempo, sugiere razones importantes sobre por qué tales preocupaciones han sido persistentemente camufladas, matizadas y limitadas. Por esta razón, ésta es una historia de los debates acerca de *Brown* que tiene una inquietante importancia tanto para los proponentes como para los críticos de la jurisprudencia de la antisubordinación. Más profundamente, es una historia de los debates sobre *Brown* que muestra cómo los conflictos raciales acechan los silencios, ambigüedades y conflictos de la moderna doctrina de la igual protección. Finalmente, es una historia de los debates sobre *Brown* que sugiere el modo en que los contornos de los principios constitucionales surgen del crisol de la política constitucional.