

# El acto fallido de Scalia

## *Scalia's Slip*\*

Owen Fiss

### Autor:

Owen Fiss  
Catedrático emérito de Derecho  
Yale University, Estados Unidos  
[Owen.Fiss@yale.edu](mailto:Owen.Fiss@yale.edu)

Recibido: 03/05/2023

Aceptado: 28/03/2024

### Citar como:

Fiss, Owen (2024). El acto fallido de Scalia *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 43-80.  
<https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.1>

### Traducción:

Juan Francisco Patzán Sánchez, abogado asesor de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.  
[jpatzan@cc.gob.gt](mailto:jpatzan@cc.gob.gt); [jfrancs.ps@gmail.com](mailto:jfrancs.ps@gmail.com)

### Agradecimientos:

Este ensayo surge del seminario de 2020 «Una comunidad de iguales». Agradezco a los alumnos del seminario la oportunidad de exponer estas ideas y de recibir sus comentarios. También deseo dar las gracias a una persona del seminario en particular, Hannah Carrese, por la extraordinaria cortesía y rigor en su ayuda en la investigación.

### Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Owen Fiss

© 2024 Juan Francisco Patzán Sánchez, de la traducción

### Resumen

El autor realiza un análisis de la jurisprudencia de Antonin Scalia, destacado e influyente jurista del Tribunal Supremo de Estados Unidos, desarrollada para frustrar los principios progresistas destinados a erradicar la estructura de castas raciales y otros vestigios de la esclavitud en Estados Unidos. Las decisiones de Scalia se opusieron a la discriminación positiva en la educación superior, negaron a los negros la protección frente a cambios en los procesos políticos que les perjudicarían y dejaron sin efecto una disposición de la *Voting Rights Act of 1965* que exigía a un selecto grupo de jurisdicciones –las más infractoras– solicitar la autorización del gobierno federal antes de instituir nuevos requisitos electorales.

**Palabras clave:** Reconstrucción; derechos civiles; acción afirmativa; doctrina del proceso político; autorización previa; clasificación racial; impacto dispar adverso.

### Abstract

The author analyzes the jurisprudence of Antonin Scalia –a prominent and influential jurist of the United States Supreme Court– which frustrated the progressive policies aimed at eradicating the structure of racial castes and other vestiges of slavery in the United States. Scalia's decisions, in fact, opposed affirmative action in higher education, denied blacks protection against political processes that harmed them, and declared null a provision of the Voting Rights Act of 1965 that required a select group of jurisdictions –the most infringing ones– to seek authorization from the federal government before establishing new voting regulations.

**Keywords:** Reconstruction; civil rights; affirmative action; political process doctrine; prior authorization; racial classification; disparate adverse impact.

\* «Scalia's Slip», *The Supreme Court Review*, The University of Chicago Press, 2022. <https://doi.org/10.1086/718788>

**A**ntonin Scalia fue nombrado miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos en septiembre de 1986 y ocupó ese cargo hasta su fallecimiento en febrero de 2016. A lo largo de su carrera alcanzó gran prominencia y fue admirado por muchos. A su muerte se nombró una facultad de Derecho en su honor y en 2018 se le concedió a título póstumo la Medalla Presidencial de la Libertad. Su acto fallido no se produjo en el tipo de interacciones sociales que Freud preveía, sino en una opinión suya que apareció en los informes oficiales de la Corte Suprema. Todos los jueces cuentan con varios asistentes jurídicos, y cabe suponer que la versión final de esta opinión fue revisada cuidadosamente por uno de ellos. También es justo suponer que todos sus colegas, o al menos algunos, leyeron detenidamente la opinión antes de que se emitiera formalmente. Uno de ellos, el juez Clarence Thomas, se sumó a ella.

El juez Scalia emitió esta opinión en el 2014 en *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary* (conocida por las siglas *BAMN*). Este caso surgió cuando se modificó la Constitución del estado de Michigan para prohibir a las universidades del Estado financiadas con fondos públicos dar preferencias basadas en la raza en sus procesos de admisión<sup>1</sup>. En 2003, la Corte Suprema había dictaminado en el caso *Grutter v. Bollinger* –un caso que involucraba a la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan– que la práctica de conceder a los afrodescendientes una modesta ventaja en el proceso de admisión no violaba la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal<sup>2</sup>. Inmediatamente antes de *Grutter*, y en la década siguiente, varios estados, sobre todo California, pero también Washington, Nebraska, Oklahoma, New Hampshire, Florida y Arizona, adoptaron leyes específicas que impedían a los funcionarios estatales conceder preferencias de cualquier tipo basadas en la raza en las admisiones a sus universidades financiadas con fondos públicos. En efecto, estas disposiciones prohibían a los funcionarios estatales, que actuaban en virtud de la legislación estatal, tomar medidas que la Constitución federal permitía. Con el tiempo, Michigan se unió a este selecto grupo de Estados y, en la decisión de 2014 en el caso *BAMN*, la Corte Suprema sostuvo que esta medida no era incompatible con la decisión de 2003 en el caso *Grutter* ni violaba la Constitución federal.

La jueza Elena Kagan no participó en la decisión, presumiblemente debido a su implicación en el litigio cuando era Procuradora General. Los ocho jueces restantes se dividieron, básicamente, en cuatro grupos diferentes. La jueza Sonia Sotomayor habló en nombre de un grupo. Consideraba la enmienda de Michigan como un cambio en el proceso mediante el cual las universidades estatales podían adoptar y aplicar políticas de acción afirmativa –quitaba la decisión sobre la acción afirmativa de las manos de

1. *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary (BAMN)*, 572 U.S. 291 (2014).

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

las autoridades elegidas y la ponía en manos del electorado de todo el Estado—. Según Sotomayor, este cambio en el proceso político perjudicó a los afrodescendientes y, por ello, constituye una denegación de la aplicación de la cláusula de igual protección. Sólo la jueza Ruth Bader Ginsburg se unió a la opinión de Sotomayor convirtiéndose en la disidencia.

El juez Anthony Kennedy anunció la sentencia del tribunal y escribió una opinión a la que se unieron el presidente de la Corte Suprema, John Roberts, y el juez Samuel Alito. Kennedy reconoció que ciertos cambios en el proceso político podrían constituir —si el cambio provocaba un perjuicio racial específico— violaciones a la igual protección. Revisó y respaldó los precedentes aplicables, pero al final concluyó que el estándar no se cumplía en el caso sometido ante el Tribunal. Aunque el presidente de la Corte se unió a la opinión de Kennedy, también escribió una breve opinión en la que criticaba a Sotomayor por su larga disquisición sobre por qué la raza sigue siendo importante y por su enérgica y amplia defensa de la acción afirmativa, o lo que ella prefiere llamar «políticas de admisión sensibles a la raza»<sup>3</sup>. Con evidente disgusto, Roberts señaló además que esa parte de su opinión constaba de once páginas. Roberts también recordó a Sotomayor que ella misma negaba que «las virtudes de adoptar políticas de admisión sensibles a la raza deban integrar la cuestión legal ante la Corte»<sup>4</sup>.

El juez Stephen Breyer apoyó la sentencia que permitía mantener la enmienda de Michigan, aunque con una teoría única. Calificó la enmienda como un intento del electorado de obtener el control sobre las políticas de admisión que, de otro modo, serían establecidas por el profesorado y los administradores, y no por las autoridades electas. Para él, la enmienda de Michigan no supuso un cambio en el proceso político que perjudicara a los afrodescendientes, sino una victoria del principio que favorece la toma de decisiones democráticas.

El juez Scalia habló en nombre del cuarto grupo que incluía al juez Thomas y a él mismo. Al igual que los jueces Breyer y Kennedy, y los que se unieron a la opinión de este último, defendió la enmienda constitucional de Michigan que prohibía la acción afirmativa. Con su habitual estilo, Scalia comenzó su opinión de la siguiente manera: «Hemos llegado a esto. Llamados a explorar el crepúsculo jurisprudencial entre dos líneas erróneas de precedentes, nos enfrentamos a una cuestión espantosamente extraña: ¿Prohíbe la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda lo que su texto

3. *BAMN*, 572 U.S. en 339.

4. *Id.* en 315. Joan Biskupic refiere de que Sotomayor había redactado la sección de once páginas que irritó a Roberts para que fuera una disidencia en *Fisher v. University of Texas*, un caso de acción afirmativa de 2012. Su intención de disentir en *Fisher*, según Biskupic, persuadió al juez Kennedy para que cambiara su voto en *Fisher*, y escribiera una opinión que devolvía el caso para un nuevo procedimiento y evitaba así una sentencia sobre el fondo. Sotomayor se unió a la opinión de Kennedy, por lo que guardó el texto destinado a ser un disenso en Fisher y lo utilizó en *BAMN*. Véase Biskupic, 2004, 205-11; véase también infra. nota 11 y texto adjunto.

claramente *exige?*<sup>5</sup>. Al formular de este modo la cuestión planteada ante la Corte, y mediante el uso de la cursiva, Scalia resaltó las palabras «*prohibe*» y «*exige*», y omitió las palabras que me llamaron la atención —«*su texto claramente*»—. De este modo, Scalia dio la impresión de que el texto de la Cláusula de Igual Protección prohíbe sin lugar a dudas que una universidad pública dé preferencia a los solicitantes afrodescendientes o de otras minorías por motivos raciales. Esto, sin embargo, no es en absoluto el caso como cualquiera puede ver. El texto —o mejor aún, el «texto claro»— de la Cláusula de Igual Protección, no prohíbe las preferencias basadas en la raza. Sólo establece, en otras palabras: «ni ningún Estado... negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes».

Estas palabras se añadieron a la Constitución en 1868, casi inmediatamente después del final de la Guerra Civil, cuando la nación se enfrentaba a las deplorables condiciones sociales y económicas de los esclavos recién liberados y era plenamente consciente de los peligros a los que se enfrentaban. Los promotores de la Decimocuarta Enmienda temían que los Estados, principalmente los que habían pertenecido a la Confederación, pero en realidad todos los Estados del Norte y del Sur, promulgaran leyes que tuvieran el efecto inevitable de perpetuar la condición de los afrodescendientes como clase marginada. También temían que los Estados cerraran los ojos ante los vigilantes clandestinos y los esfuerzos de los propietarios de esclavos desposeídos por utilizar todos los medios a su alcance, incluida la violencia, para oprimir y mantener la subordinación perpetua de los esclavos recién liberados. El objetivo general de la Decimocuarta Enmienda, y de la Cláusula de Igual Protección en particular, era impedir que los Estados actuaran de ese modo. Otra disposición de la Decimocuarta Enmienda otorgaba al Congreso el poder de promulgar leyes para hacer cumplir los derechos que confería. Esta dio una base constitucional sólida a las diversas leyes federales que protegían a los afrodescendientes y que se aprobaron, primero, entre el final de la guerra en 1865 y la adopción de la Decimocuarta Enmienda en 1868, y después, durante la década siguiente, es decir, antes de que los dos partidos políticos dominantes acordaran, para resolver las elecciones de 1876, repudiar o al menos abandonar la Reconstrucción.

La frase que utilizaron los promotores de la Decimocuarta Enmienda —«la igual protección de las leyes»— se presta a muchos significados. Teniendo en cuenta los orígenes históricos de la disposición constitucional y su objetivo general, se puede entender fácilmente por qué se ha interpretado en nuestros días como una prohibición a las prácticas estatales que perjudican a los afrodescendientes y que utilizan la raza como criterio de asignación para ese fin. Una norma que disponga «Solo blancos» es claramente una transgresión a la igualdad de protección. Por otra parte, teniendo en cuenta esta misma interpretación de los orígenes y la finalidad de la Cláusula de Igual Protección, es difícil interpretar esa disposición en el sentido de que prohíbe las preferencias basadas en la raza para los afrodescendientes. Hay que admitir que siempre que se utilice la raza

---

5. *BAMN*, 572 U.S. en 316.

como criterio de asignación, habrá que clasificar a los individuos según su raza: decidir quién es blanco y quién es afrodescendiente. En este caso, sin embargo, la clasificación racial está diseñada no para desfavorecer a los negros, sino para erradicar su condición de clase marginada.

Al ser admitidos en universidades de élite como la Universidad de Michigan, los afrodescendientes obtendrán importantes ventajas: una acreditación valiosa, acceso a redes profesionales y la experiencia educativa especial que una universidad tan equipada está en condiciones de ofrecer. Estas ventajas mejorarán el ascenso social de los afrodescendientes lo suficientemente afortunados como para ser admitidos y, con el tiempo, alterarán la situación de los afrodescendientes en general, contribuyendo así a la desaparición de la jerarquía entre grupos raciales que fue creada en primer lugar por un sistema esclavista definido exclusivamente en términos raciales y que se ha perpetuado con la instauración de un sistema de castas que trata a los afrodescendientes como parias.

Scalia interpretó la Cláusula de Igual Protección como un mandato de trato idéntico, como una prohibición casi universal del uso de la raza para diferenciar, clasificar o distinguir entre individuos, independientemente de si la diferenciación perjudica a los afrodescendientes o mejora realmente su posición. Esta opinión no puede justificarse en términos del «*texto claro*» de la Cláusula de Igual Protección. La mayoría de los jueces tampoco ha interpretado nunca esa disposición constitucional en ese sentido, o como una prohibición universal de la diferenciación racial o del uso de clasificaciones raciales. Para la Corte «la igual protección de las leyes» no exige trato idéntico, sino que cualquier diferenciación, ya se base en la raza o en cualquier otro criterio, esté debidamente justificada. No es de extrañar que, a lo largo de la historia de la Corte Suprema, se han librado muchas batallas sobre si una diferenciación determinada, en particular una basada en la raza está suficientemente justificada, y si los estándares y test que la Corte ha utilizado para resolver esa cuestión han cambiado.

## I. ESCRUTINIO ESTRICTO Y CLASIFICACIONES RACIALES

A partir de 1954 y durante toda la década de 1960, la Corte Suprema desempeñó un papel crucial en el lanzamiento y posterior mantenimiento de lo que se ha dado en llamar la Segunda Reconstrucción: El tribunal definió los deberes de los Estados, protegió a los activistas que lideraron o participaron en el movimiento por los derechos civiles y apoyó plenamente, e incluso invitó en ocasiones, a la participación del Congreso y del Presidente en este renovado esfuerzo de reconstrucción. En 1969, Earl Warren dimitió como Presidente de la Corte Suprema, y ese acto marcó el inicio de un período, que duró hasta 1975, en el que el Presidente Richard Nixon y, a continuación su sucesor, el presidente Gerald Ford, pudieron realizar cinco nombramientos en el Tribunal y reconstituir la coalición de gobierno de la Corte. Luego, como se hizo evidente a través de una serie de decisiones clave a mediados de la década de 1970, el Tribunal abandonó

su papel de liderazgo en la Segunda Reconstrucción y, de hecho, asumió la labor de vigilar la aplicación de este programa de reforma, tanto en su formulación original como en su modificación en la década de 1980 y principios de 1990 por parte de los poderes políticos y las instituciones de la sociedad civil.

Esta nueva fase de la historia de la Corte Suprema, que comenzó en 1975 y continúa hasta nuestros días, podría, debido a la postura del Tribunal hacia la reconstrucción, denominarse adecuadamente su «fase de supervisión». En ella, el Tribunal fue llamado a determinar si una práctica reconstructiva, como la acción afirmativa, es constitucionalmente permisible, y en el desempeño de esta tarea el Tribunal puso cada vez más énfasis en una prueba conocida como «escrutinio estricto». Esta prueba no es más que heurística, una guía para que los jueces den contenido concreto a los amplios términos generales de la Cláusula de Igual Protección y determinen si una diferenciación está debidamente justificada. Es cierto que la aplicación del escrutinio estricto creó limitaciones sobre las clasificaciones raciales, aunque no las prohibió por completo. Más bien, el escrutinio estricto exige que siempre que se utilicen clasificaciones raciales, como en la acción afirmativa, la justificación de la práctica estatal debe tener un carácter muy especial. Una vez activo, el escrutinio estricto exige que la práctica estatal esté justificada por un fin público imperioso y que los medios elegidos por el Estado para perseguir este fin sean los estrictamente necesarios para lograr ese objetivo.

Aunque todos los jueces podrían estar de acuerdo con esta formulación general del escrutinio estricto, han estado divididos en cuanto a cada uno de los tres componentes del método: (1) qué activadores dan paso al escrutinio estricto o hacen que la prueba sea aplicable; (2) qué se considera un fin público imperioso; y (3) cuáles son los estándares para juzgar si los medios elegidos por el Estado para perseguir este fin público son los estrictamente necesarios para lograr ese objetivo. En el transcurso de la fase de la historia de la Corte Suprema dedicada a vigilar la Segunda Reconstrucción, que abarcó todo el mandato del juez Scalia (1986-2016), la mayoría de los jueces crearon un lugar especial para las clasificaciones raciales en los componentes primero y tercero de la prueba. Pero no han interpretado la Cláusula de Igual Protección para exigir trato idéntico o para prohibir categóricamente las clasificaciones raciales. La mayoría no ha dicho nada que pueda excusar o incluso explicar el acto fallido de Scalia.

## A. Activadores

El escrutinio estricto no fue aplicado en *Brown v. Board of Education*<sup>6</sup>. Sin la ayuda del escrutinio estricto, la Corte Suprema concluyó que un sistema de escuelas duales —blancos por un lado, afrodescendientes por otro— sistemáticamente perjudicaba a los afrodescendientes al afectar la calidad de la educación que recibían. En *Loving*

---

6. 347 U.S. 483 (1954).

*v. Virginia*, el caso de 1967 originado por una ley estatal que prohibía a blancos y afrodescendientes casarse, se aplicó de hecho un escrutinio estricto que resultó en la invalidación de la ley<sup>7</sup>. Aunque el estatuto de Virginia utilizó una clasificación racial, la Corte consideró que la prohibición del mestizaje, al igual que el mantenimiento del sistema de escuelas duales, era una parte integral del sistema de castas que sistemáticamente desfavorecía y subordinaba a los afrodescendientes.

Fieles a este uso del escrutinio estricto, incluso durante la fase de supervisión de la historia de la Corte, un grupo significativo de jueces limitó la aplicabilidad de la prueba a situaciones en las que las clasificaciones raciales se usaban sistemáticamente para poner en desventaja a los afrodescendientes u otras minorías raciales. Este grupo incluyó, en un momento u otro, a los jueces William Brennan y Thurgood Marshall (los remanentes de la Corte Warren), así como Harry Blackmun, John Paul Stevens, David Souter, Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Elena Kagan y Sonia Sotomayor. También podría incluirse a los jueces Potter Stewart y Byron White, dos de los centristas de la Corte Warren, que continuaron sirviendo durante las décadas de 1970 y 1980.

Estos jueces no lograron imponerse. Por necesidad, se alinearon con miembros del Tribunal, como los jueces Anthony Kennedy y Sandra Day O'Connor, que sentían cierta simpatía por la Segunda Reconstrucción, pero consideraban que el uso de una clasificación racial, sin tener en cuenta si la medida de la que formaba parte beneficiaba o perjudicaba a los afrodescendientes, era una condición suficiente para activar el escrutinio estricto. Según esta interpretación, no es necesario demostrar que la medida perjudica sistemáticamente a los afrodescendientes o si forma parte de una iniciativa más amplia que tiene ese efecto. Esta regla general fue la base del caso *Grutter v. Bollinger*, que, en 2003, dio carácter mayoritario a la opinión que el juez Powell (hablando sólo en su nombre) emitió en 1978 en el caso *Bakke*, en el que insistió en que la acción afirmativa se juzgara mediante un escrutinio estricto simplemente por el uso de una clasificación racial<sup>8</sup>. La jueza O'Connor escribió la opinión mayoritaria en el caso *Grutter* y, aunque el juez Kennedy disintió en ese caso concreto, defendió dicha regla en parte por la división que temía que pudieran causar las clasificaciones raciales, incluso cuando se utilizan para mejorar la situación de las clases desfavorecidas<sup>9</sup>. Alternativamente, Kennedy defendió esta tesis sobre la base de que utilizar la raza para juzgar las solicitudes individuales de limitación de oportunidades es moralmente ofensivo porque demuestra una falta de respeto por la dignidad que se debe a toda persona.

Hay, por supuesto, amplias razones para estar en desacuerdo con la defensa de Kennedy de la regla que convierte todos los usos de las clasificaciones raciales en un desencadenante del escrutinio estricto. Se puede argumentar, por ejemplo, que la división y

7. 388 U.S. 1 (1967).

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

9. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 797 (2007) (Kennedy, J., concurrente en parte y concurrente en la sentencia); véase Siegel, 2011.

la fricción de las que hablaba Kennedy no provienen del uso de clasificaciones raciales, sino más bien de la subordinación persistente y sistemática de los afrodescendientes como una clase inferior y el resentimiento y la ira que esa estructura social genera inevitablemente. La afirmación de Kennedy de que el uso de clasificaciones raciales es una violación de la dignidad humana también parece discutible<sup>10</sup>. Ignora los propósitos sociales constructivos, como la integración escolar, que pueden requerir el uso de clasificaciones raciales.

Sin embargo, no es necesario que nos detengamos aquí a debatir estas cuestiones. Lo que hay que subrayar es que la regla general que desfavorece todas las clasificaciones raciales y que somete una ley que utiliza una clasificación racial a un escrutinio estricto se basa en un juicio prudencial o moralista, no en una afirmación sobre el llamado «significado claro» de la igualdad de protección. No se basa en una lectura de la Cláusula de Igual Protección que reduzca esa garantía a un mandato de trato idéntico o, como Scalia afirmó erróneamente en *BAMN*, a una prohibición absoluta y universal contra la diferenciación racial o las clasificaciones raciales.

## **B. Principio de intrusión menos lesiva<sup>11</sup>**

El juez Kennedy también permitió que su desconfianza hacia las clasificaciones raciales rigiera su aplicación del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, aunque en este caso su preocupación se basaba en razones morales más que en razones de orden público. También en este caso habló en nombre de la juez O'Connor y, posiblemente, de parte del bloque liberal.

El principio de intrusión menos lesiva se basa en la idea de que, incluso si se permite al Estado perseguir un fin público imperioso, debe limitar el sacrificio de los valores a los que sirve la garantía constitucional subyacente. Solo se permitirán aquellos medios que sean necesarios. Esta regla puede entenderse fácilmente en un ejemplo extraído del contexto de la Primera Enmienda, que también se rige por la heurística del escrutinio estricto. Aunque el Estado esté autorizado a protegerse contra discursos que muy probablemente provoquen disturbios (evitar la violencia es el fin público imperioso), no puede hacerlo prohibiendo discursos públicos o mítines que sean errónea o incluso extravagantemente críticos con el orden establecido. En su lugar, debe utilizar estrategias más rigurosas o menos restrictivas, como las que exigen avisar con antelación a las autoridades para que puedan desplegar la fuerza necesaria para mantener el orden.

---

10. Fiss, 2021.

11. N. del T.: en el texto original se utiliza el concepto «*Narrow tailoring*» para referirse a esta exigencia del test de escrutinio estricto. Sin embargo, estimamos junto al autor que para su traducción al español, y a efecto de lograr una mejor comprensión de la idea –lo que no se lograba con la traducción literal–, era más adecuado utilizar la noción de «Principio de intrusión menos lesiva». Agradezco al profesor Roberto Saba su sugerencia respecto a este punto.



De este modo, podría decirse que el principio de intrusión menos lesiva sirve a fines normativos, o que tiene consecuencias normativas, aunque, esencialmente, exige un juicio instrumental sobre la relación entre medios y fines.

Sin embargo, Kennedy no respetó el carácter instrumental del principio de intrusión menos lesiva cuando se le pidió que determinara si un programa diseñado para erradicar la jerarquía racial –de la cual la acción afirmativa es ejemplar–, supera el examen de constitucionalidad. Más bien, transformó el principio de intrusión menos lesiva en una plataforma para importar al examen de igualdad protección ciertas nociones moralistas; por ejemplo, la necesidad de ver a cada solicitante de admisión a una universidad de manera holística y evitar dar demasiada importancia a la raza en el proceso de admisión. En 2003, Kennedy disintió en *Grutter* porque pensó que la dependencia de la raza de la Universidad de Michigan era demasiado pronunciada. Sin embargo, en 2016, poco después de la muerte de Scalia, Kennedy escribió la opinión mayoritaria de la Corte que defendió el programa de acción afirmativa de la Universidad de Texas en *Fisher v. University of Texas*. Esto se debió a que, tal como lo describió el tribunal de distrito, la raza de un solicitante se trató como «un factor de un factor»<sup>12</sup>.

La insistencia de Kennedy en la revisión holística de cada solicitante se basaba en el principio de intrusión menos lesiva, pero, a un nivel más fundamental, se deriva del respeto por la dignidad humana<sup>13</sup>. Para Kennedy, las clasificaciones raciales son reductivas. Niegan la individualidad que pertenece a cada persona y, por lo tanto, constituyen una afrenta a la dignidad humana. La especial consideración de Kennedy por la dignidad humana como valor constitucional le ha provocado la admiración de muchos, sobre todo cuando se le considera la fuente de sentencias que protegen el matrimonio homosexual, anulan una ley de Texas que penalizaba la sodomía, declara inconstitucional una disposición recién adoptada de la Constitución de Colorado que prohibía a las autoridades locales promulgar medidas que protegieran a las personas de ser desfavorecidas por su orientación sexual<sup>14</sup>. No hay ninguna disposición en nuestra Constitución que proteja la dignidad humana, aunque Kennedy puede ser de la opinión –articulada por primera vez por Brennan y anatema de Scalia– de que la dignidad

---

12. *Fisher v. University of Texas*, 645 F. Supp. 2d 587, 608 (W.D. Tex. 2009), *aff'd*, 631 F.3d 213 (5th Cir. 2011), *anulado y devuelto*, 570 U.S. 297 (2013), y *aff'd*, 758 F.3d 633 (5th Cir. 2014) y luego *aff'd*, 579 U.S. 365 (2016).

13. En su concurrencia separada en *Parents Involved*, el Juez Kennedy objeta un programa de transferencia diseñado para promover la integración escolar sobre la base de que reduce a los solicitantes a «fichas raciales». 551 U.S. en 798. El programa daba prioridad a los solicitantes de traslado que fueran minoría en la escuela a la que pretendían trasladarse. Véase Fiss, *supra* nota 10; véase también *infra* nota 36 y texto adjunto.

14. Véanse *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015); *Estados Unidos v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

humana es un valor fundamental de la Constitución y, como tal, impregna cada una de sus disposiciones.<sup>15</sup>

Las, por lo demás, admirables opiniones de Kennedy sobre lo que exige el respeto a la dignidad humana parecen especialmente equivocadas cuando se aplican, en virtud del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, para limitar el uso de clasificaciones raciales en programas como la acción afirmativa que pretenden acabar con la subordinación de los afrodescendientes. En estos casos, estos puntos de vista se han presentado bajo el pretexto de hacer un juicio instrumental o técnico, liberando así a Kennedy de la carga de justificarlos en términos sustantivos o armonizarlos con la Constitución tomada en su conjunto. En los casos de derechos de homosexuales, su exigencia de que las autoridades estatales respeten la dignidad humana fue utilizada para ampliar la protección constitucional para un grupo vulnerable o especialmente desfavorecido; sin embargo, como un apéndice al requerimiento del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, la insistencia de Kennedy en que las autoridades estatales respeten la dignidad humana se convirtió en la base para limitar los programas estatales diseñados para promover el propósito general de la Cláusula de Igual Protección. La erradicación de las castas tiene tanto un reclamo a la dignidad como a tratar a cada solicitante como un individuo; de hecho, si la Guerra Civil significa algo, podría tener un reclamo aún mayor a la Constitución.

Tal vez en reconocimiento de las dificultades para desplegar la jurisprudencia de la dignidad humana en este contexto, Kennedy contempló sólo un modesto papel para limitar el uso de las clasificaciones raciales: evitarlas si se puede; usarlas sólo si se debe. Esta regla condicional contra las clasificaciones raciales encaja bien en la estructura teórica del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, ya que ese requisito no prohíbe absolutamente ningún medio en particular, sino que sólo limita la elección de los medios. Es cierto que una norma condicional de este tipo crea una niebla sobre las clasificaciones raciales, pero esta niebla es tenue, siempre sujeta a las corrientes de viento y, al igual que la niebla generada por la regla general que rige los activadores del escrutinio estricto, no serviría de consuelo a Scalia. Él quería una prohibición de las clasificaciones raciales que fuera firme, universal, absoluta, como si estuviera anclada en las palabras—el texto claro—de la Constitución, no en las especulaciones filosóficas de algún juez o grupo de jueces.

15. Para la idea de Brennan sobre la dignidad humana véase, por ejemplo, Brennan, 1985 (donde se describe la Constitución de los Estados Unidos como una «sublime oración sobre la dignidad del hombre, un audaz compromiso de un pueblo con el ideal de la dignidad libertaria protegida a través de la ley»); para la noción de Scalia véase, por ejemplo, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) y la disidencia del juez Thomas en *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), a la que se unió Scalia.

### C. Fin público imperioso

También ha habido desacuerdo entre los jueces sobre lo que cuenta como finalidad pública imperiosa en los términos de la prueba de escrutinio estricto. Scalia y Thomas han adoptado la postura más estricta al respecto. Para ellos, solo la violencia o la amenaza inminente de violencia serían suficientes para justificar el uso de la raza como criterio de asignación o el uso de una clasificación racial. Permitirían, por ejemplo, que el director de una prisión separara a los reclusos afrodescendientes de los blancos para sofocar un motín que surgiera de antagonismos raciales<sup>16</sup>. Al restringir de este modo la aplicación del escrutinio estricto, Scalia y Thomas no se han guiado por la interpretación ordinaria del término «imperioso», que connota «especialmente valioso» o «muy importante». Más bien se guiaron por una perspectiva funcional, aumentando el grado de laboriosidad exigido por el fin que se perseguía. Partiendo de la premisa de que la Cláusula de Igual Protección prohíbe todo uso de clasificaciones raciales, ven el escrutinio estricto como un método diseñado para determinar si se puede hacer una excepción a esa regla universal o, dicho de otro modo, si se puede excusar una violación de esa regla universal. Por necesidad, las excepciones a las normas constitucionales deben ser rigurosamente limitadas. «Sólo una emergencia social que alcance el nivel de peligro inminente para la vida y la integridad física» sería suficiente, como dijo una vez Scalia<sup>17</sup>.

Aparte de Thomas y Scalia, ningún otro juez que haya ejercido durante la fase de supervisión de la historia de la Corte Suprema ha adoptado una visión tan restrictiva del requisito de la finalidad pública imperiosa. Todos los demás jueces tienen una interpretación más generosa de lo que puede considerarse un fin público imperioso y, por tanto, rechazan necesariamente la premisa en la que se basa la definición restringida de «imperioso» de Thomas y Scalia. Algunos aceptan la llamada justificación de la diversidad que la acción afirmativa busca para asegurar los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso. Otros adoptan lo que se ha denominado la racionalidad antisubordinación: la acción afirmativa busca corregir las desigualdades estructurales que surgieron de la esclavitud y que luego se perpetuaron con el sistema de castas<sup>18</sup>. Sin embargo, lo que hay que destacar es que ambos grupos rechazan la incomprensión de Scalia y Thomas de la función del escrutinio estricto. No ven el escrutinio estricto como una prueba para determinar si se debe hacer una excepción a una prohibición universal o si se debe excusar una violación de una prohibición universal; para ellos no existe tal prohibición universal. Más bien, ven el escrutinio estricto como una heurística o regla que podría guiarles en su esfuerzo por dar un significado concreto a la «igual protección de las leyes» y al requisito de que se justifique el trato diferenciado.

16. *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 521 (1989) (Scalia, J., concurrente en la sentencia); *Gruiter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 353 (2003) (Thomas, J., concurrente en parte).

17. *Croson*, 488 U.S. en 521.

18. Véase Fiss, 1976; Fiss, 1997; Simposio, *The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, 2 Issues Legal Scholarship 1 (2002).

En un momento temprano del llamado período de supervisión, la Corte Suprema sostuvo que las preferencias basadas en la raza a favor de los afrodescendientes podían exigirse como parte de un recurso impuesto judicialmente contra un organismo estatal –por ejemplo, un cuerpo de policía estatal– que se hubiera negado a contratar a afrodescendientes debido a su raza<sup>19</sup>. Este remedio no se consideraba una compensación por el error cometido, ya que los beneficiarios de la acción correctiva no eran necesariamente las víctimas del error. Más bien, el remedio se justificaba como una estrategia para eliminar o corregir los efectos del mal que se había producido anteriormente. La discriminación anterior hizo que el cuerpo de policía estatal fuera totalmente integrado por personas blancas; ahora tenía que estar racialmente integrado y las preferencias basadas en la raza eran un mecanismo para lograr este resultado.

Las preferencias basadas en la raza para facilitar o aumentar la admisión de afrodescendientes en las universidades estatales se instituyeron a finales de la década de 1960 y principios de la de 1970. También se concibieron como un remedio para erradicar los efectos de la discriminación del pasado, en este caso no necesariamente relacionada con la acción ilícita de la universidad en cuestión; de hecho, el concepto de discriminación del pasado posiblemente abarcaba los males causados a generaciones de afrodescendientes por la esclavitud y el sistema de castas. El remedio no se impuso judicialmente. En su lugar, fue adoptado por las propias universidades, bien porque se sentían cómplices de la dinámica que dio lugar al sometimiento de los afrodescendientes, o bien porque creían que toda institución debe hacer lo posible por eliminar los acuerdos sociales injustos presentes en la comunidad de la que forma parte. La cuestión ante la Corte durante la década de 1970 –de hecho, durante todo el período de supervisión, incluso hoy– no es una cuestión de obligación, sino más bien si esta acción correctiva por parte de las universidades de la nación es constitucionalmente permisible.

Un amplio catálogo de jueces ha adoptado la lógica antisubordinación de la acción afirmativa. En la decisión *Bakke* de 1978, cuando el Tribunal abordó por primera vez la legalidad de las preferencias basadas en la raza en las admisiones universitarias, los jueces Brennan, Marshall, Blackmun y White defendieron la práctica basándose en la teoría de que su objetivo es eliminar los efectos de la discriminación del pasado. Más recientemente, los jueces Ginsburg y Sotomayor también defendieron este punto de vista. De hecho, gran parte de la opinión disidente de Sotomayor en *BAMN* –las once páginas que molestaron especialmente a Roberts– describe el propósito de la acción afirmativa en estos términos. El juez Souter reconoció plenamente la necesidad de incluir a las minorías subordinadas en la vida política de la nación. El juez Stevens también llegó a ese punto de vista en el transcurso de su mandato en el Tribunal. Incluso se pueden encontrar rastros del razonamiento antisubordinación en las opiniones de O'Connor y Kennedy, cuando consideraron –pero evitaron decidir– si el escrutinio estricto permite el uso de la raza para trazar los distritos electorales con el fin de cumplir los requisitos

---

19. Véase, por ejemplo, *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

de las Enmiendas de 1982 a la Ley del Derecho al Voto de 1965<sup>20</sup>. En el mismo caso *Grutter*, la jueza O'Connor, autora de la opinión mayoritaria, también hizo referencia a las necesidades de legitimidad democrática al considerar si la acción afirmativa satisfacía el componente de propósito público convincente del escrutinio estricto. Reconoció la necesidad de las minorías raciales de tener garantías concretas de que los puestos de liderazgo en la comunidad política estaban abiertos a todos<sup>21</sup>.

En su mayor parte, sin embargo, *Grutter* se basó en la llamada justificación de la diversidad para la acción afirmativa, articulada por primera vez por el juez Powell en *Bakke* (y en ese caso apoyada por ningún otro miembro del Tribunal). En *Grutter*, O'Connor afianzó la opinión de Powell, que ya no formaba parte del Tribunal, y consiguió que una mayoría la apoyara. Según Powell, la finalidad pública imperiosa exigida por el escrutinio estricto puede encontrarse en el deseo de obtener «los beneficios educativos que se derivan de un alumnado étnicamente diverso»<sup>22</sup>. Powell llegó a esta decisión porque quería evitar la lógica antisubordinación: en un preludeo a la formulación y el anuncio de la justificación de la diversidad, Powell expresó su renuencia a tratar el deseo de remediar «los efectos de la discriminación social»<sup>23</sup> como la finalidad pública imperiosa exigida por el escrutinio estricto.

Al adoptar esta postura, Powell no negó la omnipresencia de la «discriminación social». Tampoco negó que el deseo de erradicar los efectos de la «discriminación social» —la subordinación de los afrodescendientes— fuera de hecho el propósito real o declarado del programa de acción afirmativa, o que tal propósito fuera especialmente digno o importante. De hecho, la erradicación de los efectos de la «discriminación social» parece mucho más digna o apremiante que los beneficios educativos que podrían lograrse con un alumnado diverso. Esto sigue siendo cierto incluso teniendo en cuenta los intentos de Powell de hacer que el razonamiento de la diversidad parezca más convincente anclándolo en la Primera Enmienda y su protección de la libertad de expresión. No, la renuencia de Powell a tratar el deseo de poner fin a la subordinación de los afrodescendientes como la finalidad pública imperiosa que exige el escrutinio estricto se debió al temor de que no hubiera forma de distinguir entre las reivindicaciones de estos y las que pudieran ser expresadas por otros grupos desfavorecidos presentes actualmente en nuestra sociedad. Era incapaz de apreciar la singularidad de la experiencia de los afrodescendientes en Estados Unidos: más de dos siglos de esclavitud definida exclusivamente en términos raciales y luego un tercero gobernado por un sistema de castas que trataba a los afrodescendientes como parias y perpetuaba su condición de clase marginada. Powell dijo que «remediar los efectos de la discriminación social es... un

20. *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 657 (1993); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 923 (1995).

21. *Grutter*, 539 U.S. en 308.

22. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 306 (1978) (opinión de Powell, J.)

23. *Id.* en 307.

concepto amorfo de perjuicio que puede no tener edad en su alcance hacia el pasado»<sup>24</sup>, como si la Constitución tuviera un estatuto de prescripción.

A medida que la preferencia basada en la raza en las admisiones universitarias persistía en la sociedad civil, la justificación de la diversidad ganaba adeptos sociales, hasta el punto de que la adopción de la misma por parte de O'Connor en 2003 podría verse como una codificación de un entendimiento social que evolucionó a partir de la postura adoptada por Powell en *Bakke* veinticinco años antes. En realidad, sin embargo, la derrota o el rechazo de un razonamiento antisubordinación puede ser sólo nominal. La antisubordinación está omnipresente, siempre al acecho en el trasfondo, el propósito no declarado pero real al que sirve la preferencia basada en la raza que se da a los afrodescendientes en los procesos de admisión que rigen las principales universidades de la nación. Sin la antisubordinación, y la creencia en la naturaleza perniciosa de la casta que pretende erradicar, sería difícil entender: (a) la enorme importancia que se concede a los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso, especialmente en las ciencias o en las facultades de medicina (el tema de *Bakke*); (b) por qué la diversidad debe lograrse mediante la aplicación de criterios de grupo en lugar de evaluaciones individuales<sup>25</sup>; y (c) por qué la preferencia debe extenderse a los afrodescendientes o a otros grupos especialmente desfavorecidos, como los latinos, pero no a los miembros de grupos religiosos, grupos étnicos (por ejemplo, los griego-americanos), los solicitantes con condenas por delitos graves o los candidatos fascistas. Si se desvincula de la antisubordinación y se extiende de la admisión de estudiantes a la contratación de profesores, la justificación de la diversidad pronto podría comprometer o socavar los compromisos académicos fundamentales de la universidad<sup>26</sup>.

En *BAMN*, la justificación de la diversidad atrapó al juez Breyer o fue utilizado por él como escudo tras el cual refugiarse. Votó a favor de la enmienda constitucional de Michigan que prohibía las preferencias basadas en la raza en las universidades públicas, y comenzó su opinión diciendo que si las preferencias basadas en la raza se instituían como remedio a la «discriminación racial excluyente en el pasado o a los efectos directos de esa discriminación», esto plantearía «cuestiones diferentes que pueden exigir respuestas diferentes»<sup>27</sup>. Al decir esto, Breyer confundió la finalidad real de la política de admisiones y la finalidad que una mayoría de jueces estaban dispuestos a aceptar cuando aplicaron el componente de finalidad pública imperiosa del escrutinio estricto<sup>28</sup>.

24. *Id.*

25. Véase Diver, 2004.

26. Véase, en general, Kronman, 2019.

27. *BAMN*, 572 U.S. 291, 332 (2014) (Breyer, J., concurriendo en la sentencia).

28. Véase Reyes, 2018. Reyes señala que Lee Bollinger, presidente de la Universidad de Michigan cuando se argumentó *Grutter*, ha dejado claro que la justificación de la diversidad se avanzó en gran medida por razones estratégicas. Reyes informa que Bollinger dijo: «Necesitábamos ganar una gran batalla legal en el contexto de intentar ganar los corazones y las mentes de la gente sobre el tema... En el aspecto jurídico, *Bakke* dejó claro que no se podía utilizar la discriminación del pasado como justificación. Me pareció mal y me sigue pareciendo mal». *Id.*

Breyer también intentó en *BAMN* reescribir la opinión *Grutter* de O'Connor. Añadió las palabras «solo» y «únicamente», afirmando que el Tribunal en *Grutter* abordó la Decimocuarta Enmienda «solo en la medida en que se aplica, y prohíbe, programas que se basan en una justificación: utilizar la 'raza en el proceso de admisión' únicamente para 'obtener los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso'»<sup>29</sup>. Esto hizo parecer que el deseo de obtener los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso era la única justificación que la mayoría en *Grutter* aceptaba, ignorando así el pasaje de la opinión de O'Connor –a la que se unió Breyer– en el que explicaba que un programa diseñado para aumentar el número de afrodescendientes en el alumnado podría mejorar la legitimidad democrática<sup>30</sup>. Y lo que es aún más atroz, ignoró la clara declaración de O'Connor de que «nunca hemos sostenido que el único uso gubernamental de la raza que puede sobrevivir al escrutinio estricto sea el de remediar discriminaciones pasadas»<sup>31</sup>.

La diversidad no sólo perjudica a la acción afirmativa, al atribuirle una finalidad pública menos imperiosa de la que realmente tiene, sino que también oscurece la relación que existe entre la acción afirmativa y la Constitución. Incluso quienes defienden la acción afirmativa en términos de diversidad comparten la opinión de Scalia y Thomas, pues niegan que estén pidiendo una exención de la prohibición universal basada en el texto de utilizar la raza como criterio de asignación. De hecho, niegan la existencia de tal prohibición. Sólo afirman que, si el propósito de la práctica impugnada es la diversidad, es coherente con «la igualdad de protección de las leyes» y la exigencia, regida en determinadas circunstancias por la heurística del escrutinio estricto, de que se justifiquen todas las diferenciaciones. Sin embargo, la lógica antisubordinación arroja una nueva luz sobre la relación entre la acción afirmativa y la Cláusula de Igual Protección. Se puede afirmar algo más que coherencia. En el marco de la antisubordinación, la acción afirmativa puede considerarse un medio para promover el objetivo general de la Cláusula de Igual Protección. No sólo es coherente con esa disposición constitucional, sino que la acción afirmativa debe permitirse e incluso preferirse porque contribuye a la realización progresiva del propósito mismo de esa ley.

## II. IMPACTO DISPAR Y DOCTRINA DEL PROCESO POLÍTICO

La intención del juez Scalia de ignorar las interpretaciones establecidas en la Cláusula de Igual Protección no se limita a la decisión del Tribunal de permitir la acción afirmativa. Se extiende a la cuestión técnico-jurídica sometida al Tribunal en *BAMN*. La cuestión en *BAMN* no era la permisibilidad constitucional de utilizar preferencias basadas en la

29. 572 U.S. en 333 (Breyer, J., concurrente en la sentencia).

30. *Grutter*, 539 U.S. 306, 332 (2003).

31. *Id.* en 328.

raza a favor de los afrodescendientes para las admisiones universitarias, sino más bien la permisibilidad de tomar la decisión de seguir esa política fuera de las manos de las autoridades electas de la universidad, poniendo así esa decisión en manos del electorado de todo el Estado. Para permitir esta política en Michigan habría que modificar la constitución del Estado. Este cambio puso en juego lo que los juristas denominan la doctrina del proceso político, que se basa en una serie de precedentes, algunos de los cuales se remontan a la década de 1960. Scalia, con la concurrencia de Thomas, los rechazó todos.

En realidad, existen dos versiones de la doctrina del proceso político. Cada una de ellas refleja una interpretación de la Cláusula de Igual Protección que prohíbe los cambios que perjudican a los afrodescendientes en el proceso a través del cual se promulgan las leyes o se instituyen las políticas. Una versión de la doctrina –apoyada en *BAMN* por Sotomayor, Ginsburg e incluso Breyer– condena los cambios en el proceso político que dificultan la aprobación de leyes o la puesta en marcha de políticas que «redundan principalmente en beneficio de la minoría»<sup>32</sup>. Otra versión de la doctrina es la expuesta por Kennedy en su opinión en *BAMN*, a la que se sumaron Roberts y Alito. Condena cualquier cambio en el proceso político que suponga «el grave riesgo, si no el propósito, de causar perjuicios específicos por motivos de raza»<sup>33</sup>.

Para su versión de la doctrina del proceso político, Sotomayor se basó principalmente en la decisión de 1982 en el caso *Washington v. Seattle School District No. 1*, en el que la Corte anuló una iniciativa estatal que prohibía el transporte en autobús que podría adoptarse para promover la integración escolar. Kennedy lanzó una red más amplia. Se remontó a la decisión de 1967 en *Reitman v. Mulkey*, que invalidó una enmienda a la Constitución de California que protegía el derecho de los propietarios a vender su propiedad a quien quisieran<sup>34</sup>. Esa enmienda, según Kennedy, implicaba «daños específicos por motivos de raza» porque impedía la promulgación de una ley de vivienda justa por parte de las legislaturas estatales o locales<sup>35</sup>. También encontró su versión de la doctrina del proceso político respaldada por el Tribunal en la decisión de 1969 en *Hunter v. Erickson*<sup>36</sup>. Esa decisión anuló una enmienda de la carta de la ciudad de Akron, Ohio, que requería que antes de que cualquier ordenanza que prohibiera la discriminación racial en la vivienda pudiera entrar en vigor, tenía que ser aprobada por un referéndum en toda la ciudad.

Por razones que no comprendo del todo, Kennedy no encontró el requerimiento del perjuicio racial específico en la enmienda constitucional de Michigan que prohíbe la acción afirmativa. Quizá se vio impulsado a adoptar esta postura por su apego al

32. Esta frase procede de *Washington v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 458 U.S. 457, 472 (1982) y es utilizada por Sotomayor en *BAMN*, 572 U.S. en 351.

33. *BAMN*, 572 U.S. en 305 (opinión de Kennedy, J.).

34. 387 U.S. 369 (1967).

35. *BAMN*, 572 U.S. en 305 (opinión de Kennedy, J.).

36. 393 U.S. 385 (1969).



principio, también invocado por Breyer, pero matizado por Reitan, Hunter y Seattle, que favorece la toma de decisiones democrática. Alternativamente, él, como Breyer pero no Sotomayor, estaba atrapado por la ficción de que el propósito de la acción afirmativa era sólo asegurar los beneficios educativos que provienen de un alumnado diverso y se negó a reconocer el perjuicio que se haría a los negros por el abandono de la acción afirmativa requerida por la enmienda de Michigan. En un voto concurrente en un caso de 2007 relacionado con la segregación en escuelas primarias y secundarias, Kennedy reconoció que, en términos de perjuicio para los afrodescendientes, no había diferencia entre la segregación de *facto* y de *jure* y, en apoyo de esa opinión, se basó en la decisión de Seattle de 1982, que luego afirmó que protegía el transporte en autobús que tenía por objeto restablecer la segregación de *facto*. En *BAMN*, sin embargo, sostuvo que el remedio del transporte en autobús en el caso de Seattle tenía por objeto corregir la segregación escolar atribuible a asignaciones basadas en raza<sup>37</sup>. En esta lectura, la posición de Kennedy no estaba dictada por una preferencia que favoreciera la toma de decisiones democrática, sino por una concepción estrecha del perjuicio causado por la enmienda de Michigan. Kennedy nos haría creer que el único daño causado sería la pérdida de los beneficios educativos que provienen de un cuerpo estudiantil diverso donde, en verdad, el daño era más profundo y más específico racialmente –el repudio de un remedio dirigido a la erradicación de la casta–.

Scalia no tendría nada de esto. Rechazó *Hunter, Seattle* y, por implicación, *Reitman* (o al menos la interpretación de Kennedy de esa decisión). Examinó las dos versiones de la doctrina del proceso político ofrecidas por Kennedy y Sotomayor y encontró en cada una de ellas multitud de deficiencias. Sin embargo, su objeción fundamental a la doctrina del proceso político se derivaba de su interpretación de la Cláusula de Igual Protección. Según Scalia, ésta no proscribe las leyes que tuvieran el efecto inevitable de perjudicar especialmente a los afrodescendientes o a otras minorías raciales. Al principio de su dictamen en el caso *BAMN*, Scalia dijo que el texto claro de la Cláusula de Igualdad de Protección prohibía cualquier uso de la raza como criterio de asignación (lo que no es cierto). Al final de su dictamen, parecía haber reducido su idea de la igual protección, de modo que la única práctica estatal que prohíbe la Cláusula de Igual Protección es la asignación por motivos de raza: en ausencia de una clasificación racial, una ley estatal nunca puede considerarse una violación de la igual protección. Scalia anunció que tenía que «separarse» de Kennedy y Sotomayor y de los precedentes que invocaban porque «cada uno respalda una versión de la proposición de que una ley facialmente neutral puede denegar la igualdad de protección únicamente porque tiene

37. Véase *BAMN*, 572 U.S. en 306 (opinión de Kennedy, J.) («[L]a legitimidad y constitucionalidad del remedio en cuestión (el transporte en autobús para eliminar la segregación) se asumió, y Seattle debe entenderse sobre esa base»). Kennedy agrega: «Como sostuvo este Tribunal en *Parents Involved*, la supuesta medida correctiva de la junta escolar [en Seattle] no sería permisible hoy si no se demostrara la segregación de *jure*». *Id.* No había tal demostración en 1982, cuando se decidió *Seattle*.

un impacto racial dispar»<sup>38</sup>. De este modo, Scalia vació la Cláusula de Igual Protección de cualquier significado que no fuera el de prohibir las clasificaciones raciales o el uso de la raza como criterio de asignación.

Para apoyar este punto de vista, Scalia invocó la autoridad de *Washington v. Davis*, una decisión de 1976 anterior a *Seattle v. School District No. 1* pero posterior a *Reitman v. Mulkey* y *Hunter v. Erickson*<sup>39</sup>. El hecho de que la opinión mayoritaria en *Washington v. Davis* fuera escrita por el Juez White debería haber hecho reflexionar a Scalia al invocar la autoridad de esa decisión para repudiar la doctrina del proceso político y anular así *Reitman v. Mulkey* y *Hunter v. Erickson*, porque White también escribió las opiniones mayoritarias en esos dos casos. En realidad, *Washington v. Davis* no pretendía reducir el significado de la Cláusula de Igual Protección del modo en que sostenía Scalia. Por el contrario, en mi opinión, su objetivo principal era rebajar la norma del impacto dispar, anunciada por primera vez en *Griggs v. Duke Power Company* en 1971, de una norma constitucional a una norma legal. Debe entenderse que se basa en una opinión sobre la distribución adecuada, entre el poder judicial y los poderes políticos del gobierno, de las responsabilidades por los cambios sociales y económicos generalizados.

La decisión *Griggs* impuso a los empresarios la obligación de utilizar normas de contratación o promoción que minimizaran el impacto dispar adverso sobre los afrodescendientes. Si el demandante demuestra ante un tribunal que la norma de contratación o de empleo tiene un impacto dispar sobre los afrodescendientes, el empresario deberá demostrar que la norma está relacionada con el trabajo; e incluso si se demuestra que la norma está relacionada con el trabajo, el demandante seguirá teniendo la oportunidad de demostrar que existen normas o métodos alternativos de selección de empleados que servirían a los intereses comerciales del empresario y, al mismo tiempo, minimizarían el impacto dispar sobre los afrodescendientes. El propio caso *Griggs* se interpuso en virtud del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, que prohíbe la discriminación en el empleo. Sin embargo, la norma que surgió de ese caso –generalmente conocida como el principio *Griggs*– pronto fue entendida por la profesión como aplicable tanto a las demandas legales como a las constitucionales.

El caso *Washington v. Davis* se refería a las prácticas de contratación de la policía de Washington D.C. Como consecuencia, implicaba reclamaciones por impacto dispar tanto en virtud de la Constitución como del Título VII (enmendado en 1972 para incluir a los empleadores públicos). La Corte dictaminó que la demanda basada en la ley carecía de fundamento. Esa sentencia implicaba necesariamente que la demanda de *Griggs* no tendría fundamento aunque tuviera una base constitucional, porque se suponía que las normas constitucionales y legales eran idénticas. Sin embargo, la Corte no se limitó a esa sentencia, sino que, en violación de las normas tradicionales que rigen el ejercicio del poder judicial, pasa a considerar la cuestión constitucional más

38. *BAMN*, 572 U.S. en 329-30 (Scalia, J., concurrente en la sentencia).

39. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

amplia –no enumerada en las preguntas presentadas y, por tanto, no informada por las partes– de si el principio *Griggs*, y la doctrina del impacto dispar en general, tienen una base constitucional. No hubo necesidad de que el Tribunal considerara si *Griggs* regía las reclamaciones de igualdad de protección.

La decisión original de 1971 del Tribunal Supremo en el caso *Griggs* se presentó, como una cuestión puramente formal, como una interpretación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Sin embargo, había buenas razones para creer que la sentencia era de proporciones constitucionales. La ley se limitaba a prohibir la discriminación en la asignación de oportunidades de empleo basadas en la raza. Para incluir el impacto dispar en el ámbito de aplicación de la ley, el Tribunal lo consideró una forma de «discriminación indirecta», y para llegar a esa conclusión se basó en principios constitucionales. El único precedente que el Tribunal citó fue la decisión de 1969 en el caso *Gaston County v. United States*, que el Presidente de la Corte, que escribió en el caso *Griggs*, describió en estos términos: «Allí, debido a la educación inferior recibida por los afrodescendientes en Carolina del Norte, este Tribunal prohibió la institución de una prueba de alfabetización para el registro de votantes sobre la base de que la prueba restringiría el derecho al voto indirectamente por motivos de raza»<sup>40</sup>.

En 1976, sin embargo, la Corte ya no estaba dispuesta a asumir la autoría por la alteración que podría causar la responsabilidad por impacto dispar. El Tribunal decidió que la responsabilidad de esta norma jurídica recaería en el Congreso, y para ello tuvo que negar, como hizo en *Washington v. Davis*, que la doctrina del impacto dispar –o «discriminación indirecta»– tuviera una base constitucional. Al llegar a esta conclusión, el Tribunal no emitió un juicio exhaustivo sobre el significado de la igualdad de protección ni sobre los requisitos de la justicia racial. Más bien, el Tribunal pareció guiarse por consideraciones relativas a la separación de poderes. Como se desprende del pasaje de la opinión mayoritaria citado en la nota a pie de página siguiente, la Corte no estaba dispuesta a asumir la responsabilidad de la aplicación o incluso la persistencia del principio *Griggs*, y era aún más reacia a presidir su extensión como un dispositivo para proteger a los pobres.<sup>41</sup>

Dada esta interpretación de *Washington v. Davis* y su respaldo del principio *Griggs* como norma legal, fue una sorpresa que en 2009 Scalia declarara en otro voto concurrente, al que sólo se unió Thomas, que existe «una guerra entre el pacto dispar y la

40. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 430 (1971).

41. La parte crucial de la opinión del Juez White se encuentra en este pasaje:

«Una norma según la cual una ley diseñada para servir a fines neutrales es, no obstante, inválida, en ausencia de una justificación convincente, si en la práctica beneficia o grava a una raza más que a otra, ya que tendría un gran alcance y plantearía serios interrogantes, y tal vez invalidaría, toda una serie de leyes fiscales, de bienestar, de servicios públicos, reguladoras y de concesión de licencias que pueden ser más gravosas para los pobres y para el afrodescendiente medio que para el blanco más afluente. Dada esa norma, tal vez sería probable que se produjeran tales consecuencias. Sin embargo, en nuestra opinión, la extensión de la norma más allá de los ámbitos en los que ya es aplicable en virtud de la ley, como en el ámbito del empleo público, debe esperar a la prescripción legal». *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 248 (1976).

protección igualitaria»<sup>42</sup>. En ese momento no cabía la menor duda de que el Congreso aprobaba y adoptaba plenamente la responsabilidad por impacto dispar en su aplicación a las decisiones laborales. El Congreso había consentido el anuncio inicial de la doctrina en 1971 y, de nuevo, en 1972, cuando modificó el Título VII para incluir a los empleadores públicos. En 1976 se comunicó al Congreso que estaba plenamente al mando, y en las décadas siguientes el Congreso no tomó ninguna medida para repudiar o matizar su compromiso con el principio *Griggs*. De hecho, en 1991, el Congreso promulgó una ley para corregir una decisión errónea de la Corte Suprema de 1989 que disminuía la carga de la prueba impuesta a los empresarios cuando se les pedía que demostraran que una norma o prueba estaba relacionada con el trabajo<sup>43</sup>. En esa medida –Ley de Derechos Civiles de 1991–, el Congreso aprobó explícitamente el anuncio inicial de la Corte de la doctrina en el caso *Griggs* y, a continuación, codificó la doctrina del impacto dispar tal y como se había desarrollado antes de la decisión desaprobada de la Corte Suprema de 1989.

El anuncio de Scalia de una guerra entre la doctrina del impacto dispar y la igual protección se produjo en *Ricci v. DeStefano*, un caso relacionado con el uso de una prueba escrita para regir los ascensos en el departamento de incendios de New Haven. Aunque varios afrodescendientes se habían presentado a la prueba, dieciocho blancos, un hispano y ningún afrodescendiente se habían clasificado para el ascenso según la prueba. Frank Ricci era uno de los blancos; John DeStefano era el alcalde de New Haven. Una vez conocidos públicamente los resultados de la prueba, estalló una polémica en los círculos políticos y, finalmente, la junta de gobierno de la ciudad anuló los resultados de la prueba. También comenzó a formular planes para instituir una prueba alternativa que, presumiblemente, serviría al interés legítimo de la ciudad en la selección de líderes cualificados del departamento de incendios y, al mismo tiempo, minimizaría el impacto racial dispar. Ricci demandó entonces a la ciudad por violar el Título VII, concretamente por anular el examen que ya se había administrado. En una opinión de Kennedy, la mayoría falló a favor de Ricci, pero sólo después de afirmar que el expediente que tenía ante sí la Corte no apoyaba adecuadamente la alegación de la ciudad de que simplemente estaba aplicando, por su cuenta, el principio *Griggs*. Al limitar su fallo a favor de Ricci de esta manera, el juez Kennedy dio a entender que si hay pruebas sólidas en el expediente que indiquen que se satisfacen los requisitos del principio *Griggs* –como seguramente ocurriría si el principio fuera aplicado por un tribunal después de un juicio completo– entonces ese principio podría aplicarse legalmente y los resultados de una prueba que no satisfaga ese principio podrían ser desestimados.

Aunque el juez Scalia se unió a la sentencia de la Corte condenando la acción de la ciudad de New Haven, se sintió provocado por la implicación del fallo de Kennedy. Scalia no dijo que el principio *Griggs* violara la igual protección, sino sólo que había

42. *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557, 595 (2009) (Scalia, J., concurrente).

43. *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

una guerra entre ambos. Esta afirmación no era una descripción de un estado de cosas, sino más bien una expresión performativa, muy parecida a una declaración de guerra del Congreso contra otro país que introduce un cambio o espera un cambio en el mundo práctico. Tal declaración era en sí misma alarmante porque indicaba la voluntad de Scalia de anular una interpretación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 que fue establecida por primera vez por la Corte Suprema en 1971, reafirmada por los tribunales federales inferiores en innumerables ocasiones, y luego refrendada explícitamente por el Congreso en la Ley de Derechos Civiles de 1991.

Tal declaración de guerra no sólo era alarmante, sino que parecía carecer de todo fundamento y era improbable que tuviera éxito. Scalia tenía razón al afirmar, como hizo, que la Cláusula de Igual Protección, aplicable al gobierno federal por la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda, prohibía al Congreso exigir a los empleadores públicos que tomaran medidas prohibidas por la Cláusula de Igual Protección. Sin embargo, nunca explicó por qué una norma que reconoce el derecho de los empleadores públicos a utilizar pruebas relacionadas con el trabajo, pero que sin embargo insiste en que elijan, entre estas pruebas relacionadas con el trabajo, la que minimice el impacto dispar adverso sobre los afrodescendientes, daría lugar a una denegación de la igualdad de protección de las leyes.

En su concurrencia en *BAMN*, Scalia adoptó la opinión de que, por sus propios términos, la Cláusula de Igual Protección prohíbe a los gobiernos utilizar la raza como criterio de asignación o emplear clasificaciones raciales, incluso cuando una medida busca beneficiar en lugar de perjudicar a los afrodescendientes. Hemos visto que esta opinión sobre el texto de la Cláusula de Igual Protección es errónea y, además, que la extravagante hostilidad de Scalia hacia las clasificaciones raciales no puede rehabilitarse ni siquiera si se entiende como una glosa interpretativa de dicha cláusula: el escrutinio estricto no da lugar a tal regla. En el presente contexto, sin embargo, es importante destacar que el principio de *Griggs* no exige que la raza se utilice como criterio de asignación. No se da ninguna ventaja a los afrodescendientes. No exige que se clasifique a los solicitantes de empleo en función de su raza y que se les dé preferencia en función de esa clasificación. El principio *Griggs* exige a los empleadores que sean conscientes del impacto de sus normas y pruebas en los grupos raciales y que tomen las medidas adecuadas, en consonancia con sus intereses comerciales, para minimizar ese impacto, pero no exige clasificaciones raciales ni preferencias basadas en la raza.

Debe admitirse que existe el riesgo de que los empleadores públicos, para protegerse de las demandas encaminadas a aplicar el principio *Griggs*, de manera formal o subrepticia, den preferencia a los solicitantes afrodescendientes. Es difícil creer que Scalia se preocupara por esto, al menos dado su enfoque jurídico de la Cláusula de Igual Protección: negó repetidamente que el efecto o la consecuencia de una ley pudiera convertirla en una violación de la igualdad de protección y, al repudiar la doctrina del proceso político en *BAMN*, redujo esa disposición constitucional a una prohibición de las clasificaciones raciales. También es importante tener en cuenta que el riesgo de

que los empleadores den subrepticamente preferencia por motivos raciales a los afrodescendientes como medio de asegurarse contra los litigios no está en modo alguno limitado al principio *Griggs*. El riesgo surge de cualquier medida que pretenda proteger las oportunidades de empleo de los afrodescendientes. Puede surgir de la prohibición del Título VII contra la discriminación directa tanto como de la prohibición contra la discriminación indirecta basada en la interpretación del Tribunal de 1971 del Título VII y la afirmación de esa interpretación en la Ley de Derechos Civiles de 1991. ¿Puede ser que en su concurrencia en el caso *Ricci* Scalia estuviera declarando la guerra no sólo a la Ley de Derechos Civiles de 1991, sino también a la Ley de Derechos Civiles de 1964?

Al final de su opinión en *BAMN*, casi como coda, el juez Scalia invocó, como hizo en muchas ocasiones, el famoso comentario del juez John Marshall Harlan en su disenso de 1896 en *Plessy v. Ferguson*<sup>44</sup>. Al oponerse a las leyes Jim Crow, Harlan escribió: «Nuestra Constitución no distingue colores»<sup>45</sup>. Como base para repudiar la doctrina del proceso político y los precedentes en los que se basaba, Scalia convirtió el aforismo de Harlan en un mandato constitucional trascendente, una prohibición general de ver o ser consciente de la raza. La doctrina del impacto desigual transgrede con toda seguridad este mandato, al igual que la doctrina del proceso político. Ambas son agudamente conscientes de las desventajas que pueden imponerse a los afrodescendientes. Son conscientes del color. Sin embargo, es difícil entender por qué la no distinción de ciertos colores (daltonismo/*color-blind*), entendida como una afección que impide a algunas personas ver lo que es visible para la mayoría de las demás, debería imponerse a la sociedad en su conjunto o a los instrumentos de gobierno, como parte de su obligación de proporcionar la misma protección de las leyes. Algunos pueden creer que algún día desaparecerán, o al menos deberían desaparecer, las diferencias predominantes, tal vez abrumadoras, de estatus entre blancos y afrodescendientes que existen en este país. Sin embargo, nadie podría pensar razonablemente –ni en 1868, ni en 1896, ni en 1954, ni en 1964, ni en 1976, ni en 2003, ni en 2014, ni siquiera hoy– que este cambio se producirá si nos limitamos a promulgar o seguir una norma que impida a los organismos gubernamentales prestar atención o reconocer las diferencias que existen entre blancos y afrodescendientes y que, en última instancia, son atribuibles a la esclavitud y al funcionamiento de un sistema de castas que, una vez abolida legalmente la esclavitud, perpetuó la condición de los afrodescendientes como una clase inferior.

En su voto concurrente en el caso *Ricci*, Scalia, que nunca pudo resistirse al melodrama, habló del «día nefasto» en que habría que resolver el conflicto entre la doctrina de la igual protección y la del impacto dispar<sup>46</sup>. Sin embargo, la verdad es que si ese conflicto se basa en una interpretación de la igual protección que constitucionaliza el

44. 163 U.S. 537 (1896).

45. *Id.* en 559.

46. 557 U.S. en 594.

aforismo de Harlan y, por tanto, proscribió la conciencia racial, el conflicto se resolvió dos años antes, en la decisión *Parents Involved* de 2007. Ese caso se refería a la integración de escuelas primarias y secundarias, y llevó a Kennedy a hacer una clara distinción entre clasificaciones raciales y conciencia racial. Primero situó el aforismo de Harlan en su contexto: «Plessy, por supuesto, se refería a la clasificación oficial por raza aplicable a todas las personas que querían usar vagones de tren»<sup>47</sup>. Luego continuó: «Y, como aspiración, el axioma del juez Harlan debe contar con nuestro asentimiento. En el mundo real, es lamentable decirlo, no puede ser un principio constitucional universal»<sup>48</sup>. En *Parents Involved*, Kennedy apoyó la sentencia de la Corte, que anuló un programa de transferencia diseñado para promover la integración escolar. Emitió una opinión separada para distanciarse de la opinión que el presidente Roberts había presentado para explicar ese fallo (a la opinión de Roberts se unieron Scalia, Thomas y Alito). Al repudiar la norma del daltonismo o de la no distinción de color de esta manera, Kennedy no sólo habló en su nombre, sino, en efecto, también en nombre de los jueces que disintieron (Breyer, Stevens, Souter y Ginsburg), en otras palabras, en nombre de la mayoría del Tribunal.

A lo largo de su carrera, el juez Kennedy desconfió de las clasificaciones raciales. Nunca afirmó, como hizo Scalia en su opinión sobre la *BAMN*, que las clasificaciones raciales estuvieran prohibidas por el texto claro de la Cláusula de Igual Protección. Tampoco utilizó el escrutinio estricto de forma que produjera una regla absoluta y universal contra su uso. Sin embargo, consideró que las clasificaciones raciales, independientemente de si la medida que las exigía beneficiaba o perjudicaba a los afrodescendientes, eran un desencadenante del escrutinio estricto. Kennedy también permitió que su preocupación por las clasificaciones raciales rigiera su aplicación del principio de intrusión menos lesiva. Las clasificaciones raciales, para él, eran una ofensa a la dignidad humana y, por esa razón, eran presumiblemente inadmisibles bajo el principio de intrusión menos lesiva. De hecho, en el mismo caso *Parents Involved*, dejó de lado los modestos programas de traslado que los consejos escolares de Seattle y Louisville habían ideado para promover la integración racial, basándose en que implicaban una clasificación racial y, por tanto, no estaban ajustados forma rigurosa.

En los programas de Seattle/Louisville, los estudiantes eran inicialmente asignados a las escuelas en función de su residencia, y luego se les permitía trasladarse si había plazas disponibles en una escuela concreta. Si había más solicitantes de los que el espacio permitía, la elección entre los solicitantes de traslado, una vez satisfechas otras prioridades, se basaba en la comparación entre la raza del solicitante y la raza de los estudiantes que predominaban en la escuela a la que el solicitante pretendía trasladarse. El juez Kennedy consideraba que el objetivo del programa de traslados (la integración racial) era convincente, pero estaba dispuesto a invalidar ese programa porque podía imaginar

47. *Parents Involved*, 551 U.S. en 788 (Kennedy, J., concurrente en parte y concurrente en la sentencia).

48. *Id.*

otros medios para lograr la integración que no requirieran clasificaciones raciales y que aún no hubieran demostrado ser inadecuados o ineficaces. Primero hay que probarlos.

En este contexto, Kennedy identificó y aprobó una serie de formas en que las juntas escolares podrían promover la integración en la escuela primaria y secundaria sin clasificar a las personas en función de su raza y, por lo tanto, sin infringir la Cláusula de Igual Protección. Kennedy mencionó la ubicación estratégica de las nuevas escuelas; el trazado de zonas de asistencia con un reconocimiento general de la demografía de los vecindarios; y la contratación de estudiantes y profesores en un grupo específico. Según Kennedy, ninguno de estos métodos para promover la integración implicaba clasificaciones raciales, o lo que a veces llamaba la «tipificación racial»<sup>49</sup>, es decir, decidir si una persona es blanca o afrodescendiente y decirle al solicitante rechazado que es de la raza equivocada: «Lo siento que no seas afrodescendiente» o «Lo siento que no seas blanco»<sup>50</sup>. Sin embargo, reconoció plenamente que estas estrategias alternativas más amplias para promover la integración, al igual que el proceso político y las doctrinas de impacto dispar, violan la norma del daltonismo o no distinción de colores. Al aplicar estas estrategias, los funcionarios del Estado son plenamente conscientes de la raza en el sentido más genérico y adoptan medidas concretas para detener o minimizar una práctica —la segregación escolar— que perjudica especialmente a los afrodescendientes. El juez Kennedy dijo que sería «improbable que cualquiera de [estas estrategias] exigiera un escrutinio estricto para ser considerada permisible» y luego concluyó: «Los poderes ejecutivo y legislativo, que durante generaciones han considerado este tipo de políticas y procedimientos, deberían poder emplearlos con franqueza y confianza de que no se produce una violación constitucional cada vez que un responsable de la toma de decisiones considera el impacto que un determinado enfoque podría tener en los estudiantes de diferentes razas»<sup>51</sup>.

Al llegar a esta conclusión, Kennedy estaba, como una cuestión puramente formal, hablando sólo por sí mismo. Sin embargo, los cuatro jueces que disintieron en *Parents Involved* también rechazaron la norma del daltonismo o de no distinción del color. Ellos también creían que no existía una prohibición constitucional de la conciencia de raza y que no había conflicto entre las doctrinas que tenían en cuenta los impactos raciales diferenciales y la protección igualitaria. La principal discrepancia, escrita por el juez Breyer y a la que se unieron los jueces Stevens, Souter y Ginsburg, se dirigió principalmente contra la opinión del presidente de la Corte Suprema Roberts. En ese disenso, Breyer también discrepó con Kennedy, pero sólo con su evaluación del controvertido programa de traslados. Breyer consideraba que Kennedy estaba exagerando la norma que permitía a los funcionarios escolares, al aprobar las solicitudes de traslado, tener en cuenta la raza del solicitante y la raza de los estudiantes que predominaban en la escuela

49. *Id.* en 798

50. Véanse las notas 9-10 *supra* y el texto que las acompaña.

51. *Parents Involved*, 551 U.S. en 789.



a la que el solicitante deseaba asistir. Dado que este entendimiento de las alineaciones entre los jueces es evidente a partir de las opiniones emitidas en *Parents Involved*, es de suponer que el juez Scalia lo conocía cuando, en su concurrencia *Ricci*, emitida sólo dos años después, declaró la guerra, en nombre de la igual protección, a la doctrina del impacto dispar, al principio *Griggs*, a la Ley de Derechos Civiles de 1991, y tal vez incluso la Ley de Derechos Civiles de 1964. En *Ricci*, la opinión de Scalia fue apoyada por el juez Thomas, pero esta era una guerra que Scalia no podía, y presumiblemente sabía que no podía, ganar.

*Parents Involved* se decidió en 2007. *Ricci* se decidió en 2009. Luego, en 2015, la Corte Suprema, siguiendo el ejemplo de los tribunales de apelación de todos los circuitos que habían considerado la cuestión, amplió la doctrina del impacto dispar del empleo en virtud del Título VII a las demandas de vivienda en virtud del Título VIII de la Ley de Derechos Civiles de 1968. La opinión mayoritaria fue redactada por el juez Kennedy, quien, al igual que hizo en *Ricci*, aprobó el principio *Griggs*. Encontró la prescripción legislativa que exigía *Washington v. Davis* en el Título VIII y en las enmiendas de 1988 a dicha ley<sup>52</sup>. El juez Alito presentó una disidencia objetando la interpretación de Kennedy de estos estatutos. Thomas se unió a esa disidencia, pero también formuló la suya propia, una andanada organizada aproximadamente en torno al tema «*Griggs* ya es suficientemente malo»<sup>53</sup>. Cabe destacar que el juez Scalia no se unió a la disidencia de Thomas. Sin emitir una opinión propia ni hacer comentarios de ningún tipo, Scalia, al igual que Roberts, se unió al disenso de Alito, que, como ya he dicho, se centró en cuestiones de interpretación de la ley. Al parecer, Scalia se rindió en la guerra entre la doctrina de igual protección y la doctrina del impacto dispar que había intentado iniciar en una ocasión.

### III. LA JURISPRUDENCIA DEL RESENTIMIENTO

La Segunda Reconstrucción puede haber comenzado en 1954, con la decisión de la Corte Suprema en el caso *Brown v. Board of Education*, pero se ha extendido hasta bien entrado el siglo XXI e incluso hoy sigue siendo un tema persistente de litigio. A mediados de la década de 1970, la Corte Suprema cambió su postura hacia esa iniciativa. Renunció a su papel de promotor y catalizador y asumió el de policía: Evaluar y supervisar las medidas reconstructivas que habían adoptado otros para mejorar la condición de los afrodescendientes y erradicar la estructura de castas que se desarrolló en los años posteriores al final de la Guerra Civil. Algunas de estas medidas han sido instituidas por gobiernos estatales y locales, otras por instituciones de la sociedad civil

---

52. *Texas Dep't of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. 519 (2015).

53. Véase *Id.* en 547.

como las grandes universidades del país, y otras por los poderes políticos del gobierno federal, como se manifiesta en las leyes de derechos civiles que se promulgaron inicialmente en los años sesenta y que han permanecido en vigor y que, en algunos casos, se reformaron en los años ochenta y noventa.

El historial de la Corte Suprema durante esta fase de supervisión es mezclado. Algunas medidas reconstructivas han sobrevivido a la revisión, aunque a menudo con límites recién acuñados. La Corte Suprema ha aprobado el principio *Griggs* como una norma de base legal que exige a los empleadores y a las autoridades de vivienda que adopten políticas y reglamentos que minimicen el impacto dispar adverso sobre los afrodescendientes. El Tribunal ha permitido a las universidades dar a los afrodescendientes un modesto e indeterminado beneficio en el proceso de admisión. Ha respaldado una serie de estrategias –aunque no todas– que los consejos escolares locales podrían utilizar, si así lo decidieran, para promover la integración racial en la educación primaria y secundaria. Son logros significativos pero modestos.

Sorprendentemente, el juez Scalia se opuso rotundamente a todos y cada uno de los gestos de la Corte en apoyo de los derechos civiles y la Segunda Reconstrucción. Para el juez Scalia, los límites que sus colegas impusieron a estas medidas reconstructivas nunca fueron suficientes. Scalia quería una prohibición absoluta y universal del uso de clasificaciones raciales por parte de las autoridades estatales, incluso cuando las utilizaran como parte de un programa para mejorar la situación de las clases desfavorecidas. Al expresar su posición contraria al principio *Griggs*, el juez Scalia fue aún más lejos y exigió que los funcionarios del Gobierno fueran *daltónicos* o no tuvieran en cuenta las consecuencias de sus acciones para los diversos grupos raciales, incluida la clase baja racialmente definida. Negó que la Cláusula de Igual Protección proscribiera leyes que tuvieran el efecto de desfavorecer específicamente a los afrodescendientes y perpetuar su subyugación.

En la expresión de estos puntos de vista, Scalia estaba invariablemente acompañado por Thomas. Aparte de esa alianza, Scalia aparecía como una figura singular en su oposición a programas prominentes de la Segunda Reconstrucción, sobre todo la acción afirmativa y la responsabilidad por impacto dispar. Parecía, al menos en cuestiones de igualdad racial, tan en guerra con sus colegas como con la Segunda Reconstrucción. En algunas ocasiones, sin embargo, Scalia participó en la formación de la mayoría<sup>54</sup>.

54. En *Whren v. United States*, 517 U.S. 856 (1996), Scalia escribió la opinión para el Tribunal desestimando una demanda de profiling racial, e interpretó la Cuarta Enmienda de una manera que hacía es difícil que tales reclamaciones prosperen. Convirtió el requisito de causa probable de la Cuarta Enmienda, que limita la emisión de órdenes de detención, en una base totalmente suficiente para hacer legales las detenciones sin orden judicial. También amplió esa norma para cubrir las detenciones derivadas de cualquier infracción de cualquier ley de tráfico, independientemente de si la infracción suponía una amenaza para la seguridad pública, y concluyó que cualquier registro relacionado con una detención de ese tipo sería legal y, por tanto, no estaría sujeto a la norma de exclusión de la Cuarta Enmienda. Sorprendentemente, esta sentencia no provocó ninguna objeción por parte de los liberales que entonces formaban parte del Tribunal y, por tanto, Scalia habló en nombre de una Corte unánime.

Cuando una mayoría se volvió en contra de la reconstrucción, él fue parte de ella. En *BAMN*, por ejemplo, Scalia se unió a Kennedy, Roberts y Alito, e incluso a Breyer, en la defensa de la enmienda de Michigan que prohibía la acción afirmativa de los funcionarios estatales, aunque a continuación repudió la doctrina del proceso político en todas sus formas. Para Scalia, no había límites constitucionales federales a la capacidad de los electorados estatales para negar la significancia práctica de *Grutter*. El pleno impacto de esta postura en la Segunda Reconstrucción dependía del número de Estados que pudieran seguir el ejemplo de Michigan.

El juez Scalia también fue esencial en la formación de la mayoría en el caso *Shelby County v. Holder*, un revés aún más decisivo para la Segunda Reconstrucción<sup>55</sup>. En esa decisión, dictada en 2013, solo un año antes de *BAMN*, el Tribunal anuló una importante disposición de la Ley del Derecho al Voto de 1965, considerada durante mucho tiempo como uno de los logros más significativos de la era de los derechos civiles. Scalia no emitió una opinión separada en el caso *Shelby County*: la opinión mayoritaria fue redactada por el presidente de la Corte Suprema. Sin embargo, Scalia fue uno de los cinco que apoyaron esa sentencia y uno de los cinco que convirtieron la opinión de Roberts en la opinión del Tribunal. Y lo que es aún más significativo, en el transcurso de los argumentos orales en el caso del condado de Shelby, Scalia hizo una declaración sobre la Ley, un breve soliloquio, que reveló una extraña perspectiva hacia ella y, por implicación, hacia la Segunda Reconstrucción en general. Incluso podría explicar su acto fallido en *BAMN*.

La Ley del Derecho al Voto de 1965 prohíbe todas las pruebas y requisitos para votar, ya sea en elecciones estatales o federales, que tengan el propósito o el efecto de impedir que los afrodescendientes voten o de disminuir su capacidad para elegir a los candidatos de su preferencia. También contiene una disposición (Sección 5) que establece un procedimiento que prohíbe a un número limitado de jurisdicciones estatales y locales instituir nuevas regulaciones del voto sin que dichas regulaciones hayan sido aprobadas previamente por el Fiscal General de los Estados Unidos o por un tribunal federal de tres jueces con sede en Washington, D.C. Estos funcionarios federales debían determinar si el cambio propuesto amenazaba con interferir indebidamente en el ejercicio del derecho de voto garantizado por la Ley. Este procedimiento inusual —denominado «autorización previa»— reflejaba la importancia que se concede al derecho de voto en una sociedad democrática y el triste hecho de que durante casi un siglo, tras el fin de la esclavitud y la adopción de las enmiendas Decimocuarta y Decimoquinta, se había impedido a los afrodescendientes, como parte del sistema de castas, el ejercicio de ese derecho de forma sistemática y flagrante. La autorización previa no se diseñó para aplicarse a todos los Estados y localidades, sino sólo a los peores infractores, aquellos

---

Estoy especialmente agradecido a Charlie Crosby, del seminario «Una comunidad de iguales» de 2020, por mejorar mi comprensión de esta decisión.

55. Condado de Shelby contra Holder, 570 U.S. 529 (2013).

que habían sido culpables de interferencias generalizadas, flagrantes y rampantes con el derecho al voto.

La Sección 4 establecía los criterios para identificar las jurisdicciones estatales y locales cubiertas por el procedimiento de autorización previa. Los abogados del Departamento de Justicia desempeñaron un papel clave en la redacción de la Ley del Derecho al Voto y, basándose en su experiencia en la organización, a principios de la década de 1960, de un extenso y casi monumental programa de litigios diseñado para proteger el derecho al voto, tenían una idea bastante clara de qué jurisdicciones eran las más infractoras: Luisiana, Mississippi, Alabama, Georgia, Carolina del Sur, Carolina del Norte y Virginia<sup>56</sup>. Luego, mediante un proceso de ingeniería inversa, estos abogados desarrollaron una fórmula –la llamada fórmula de cobertura– para identificar, en términos generales, las jurisdicciones que estarían cubiertas por el procedimiento de autorización previa, aunque también se previó el inicio de procedimientos especiales que permitirían a determinadas jurisdicciones salir del procedimiento de autorización previa o ser añadidas a él.

La fórmula de cobertura se centra en las elecciones presidenciales designadas e identifica dos circunstancias que llevarían al Estado o jurisdicción política a estar cubierto. La primera refleja una comprensión derivada del extenso programa de litigios del Departamento de Justicia a principios de la década de 1960, de los dispositivos comúnmente utilizados para privar del derecho de voto a los afrodescendientes. Requiere que el Estado o jurisdicción política haya mantenido en una elección designada una prueba de alfabetización o dispositivo similar (por ejemplo, un requisito de buen carácter o uno que requiera que el aspirante a votante explique determinadas disposiciones constitucionales) como requisito previo para votar. El segundo denota la proposición intuitiva de que la privación masiva del derecho de voto disminuirá la participación electoral. Esta parte de la fórmula de cobertura requiere que menos del 50% de la población en edad de votar en el estado o jurisdicción política esté inscrita para votar o haya votado en las elecciones designadas.

Aunque la ley exige que se satisfagan ambos extremos de la fórmula de cobertura, las consecuencias de ser considerada una jurisdicción cubierta difieren para cada uno de ellos. La propia ley prohíbe las pruebas de alfabetización o dispositivos similares –denominados «pruebas o dispositivos»– en las jurisdicciones cubiertas<sup>57</sup>. Sin embargo,

---

56. Sobre la importancia de este programa de litigios, véase Landsberg, 2007.

57. Las enmiendas de 1970 a la Ley del Derecho al Voto prohibieron el uso de pruebas de alfabetización y dispositivos similares en todo el país durante un período de cinco años; las enmiendas de 1975 hicieron permanente esta prohibición. Además, las enmiendas de 1975 protegieron a las «minorías lingüísticas». Para ello, el Congreso añadió a la primera parte de la fórmula de cobertura una nueva definición de prueba o dispositivo. En cualquier estado o jurisdicción política donde más del cinco por ciento de los ciudadanos en edad de votar pertenecieran a una única minoría lingüística, el Congreso amplió el significado de «prueba o dispositivo» para abarcar la práctica de proporcionar materiales relacionados con el proceso electoral, incluidas las papeletas, sólo en inglés. Si un estado o jurisdicción política que cumpliera este primer criterio actualizado también cumpliera el segundo criterio de la fórmula

lo que resulta más controvertido es que otra sección de la ley, concretamente la Sección 5, exige que todas las jurisdicciones cubiertas aprueben cualquier cambio en sus leyes o reglamentos que afecten a la votación con la aprobación del Fiscal General o de un tribunal federal con sede en Washington, D.C., antes de que dichos cambios se apliquen o entren en vigor. Este aspecto es el núcleo del procedimiento de autorización previa y el origen de su nombre.

Cuando se aprobó por primera vez la Ley del Derecho al Voto en 1965, la Sección 4 utilizó las elecciones de noviembre de 1964 como punto de referencia para la fórmula de cobertura. Cuando se renovó la Ley del Derecho al Voto en 1970, el punto de referencia se amplió para incluir las elecciones de noviembre de 1968, y cuando se renovó la Ley en 1975, el punto de referencia se actualizó de nuevo para incluir las elecciones de noviembre de 1972. En ese momento, sin embargo, se detuvo el proceso de actualización del punto de referencia. En 1982, el Congreso renovó la fórmula de cobertura por un periodo de veinticinco años sin cambiar el punto de referencia electoral. La Ley volvió a renovarse en 2006 por otro periodo de veinticinco años, y de nuevo no se actualizó el punto de referencia. Como resultado, cuando en 2013 la Ley llegó a la Corte, la fórmula de cobertura del artículo 4 tenía un carácter arcaico, casi obsoleto. La cobertura dependía del uso de pruebas de alfabetización y de los índices de voto en las elecciones de 1964, 1968 y 1972, y parecía muy poco probable que esa fórmula identificara a los peores infractores en la actualidad, casi cincuenta años después. Como dijo sucintamente el juez Stephen Williams, del Tribunal de Apelaciones del Circuito de Washington, D.C., utilizar como medida el número de sentencias contra una jurisdicción por violaciones de la Sección 2 de la Ley demostraba que «las cinco peores jurisdicciones sin cobertura... tienen peores resultados que ocho de las jurisdicciones cubiertas»<sup>58</sup>. La sección 2 prohíbe las regulaciones que tengan el propósito o el efecto de interferir por motivos de raza o color en el ejercicio del derecho al voto o en la elección de un representante de su elección.

Roberts consideró el procedimiento de autorización previa de la Ley del Derecho al Voto desde el prisma de lo que denominó el principio de Igualdad de Soberanía. No trató de anclar este principio en la Cláusula de Igual Protección o en las Enmiendas Decimocuarta y Decimoquinta, ni en ninguna cláusula o disposición concreta de la Constitución. Surgió en cambio, al igual que el principio que exige la separación de poderes, de la propia estructura de la Constitución. Roberts habló de «nuestra tradición histórica de que todos los Estados gozan de igual soberanía» y se refirió repetidamente a la Igualdad de Soberanía como un «principio fundamental»<sup>59</sup>. Vista como una restric-

---

de cobertura, quedaría cubierto por la Sección 4. Véase la Ley de 6 de agosto de 1975, Pub. L. No. 94-73, 89 Stat. 400 (codificada en 52 U.S.C. § 10101).

58. *Shelby County v. Holder*, 679 F.3d 848, 897 (D.C. Cir. 2012), rev'd, 570 U.S. 529 (2013), *vacated and remanded*, 541 F. App'x 1 (D.C. Cir. 2013) (Williams, J., disenso).

59. *Shelby County*, 570 U.S. en 540, 542, 544 (2013) (citando *Nw. Austin Mun. Austin Mun. Dist. No. 1 v. Holder*, 557 U.S. 193, 203 (2009)).

ción al poder del Congreso, la Igualdad de Soberanía no negaba al gobierno federal el poder de diferenciar entre los Estados y sus partes constituyentes. Sólo exigía que este trato diferenciado estuviera claramente justificado, como cuando el gobierno federal dirige la ayuda para huracanes sólo a Luisiana porque ésta y sólo ésta ha sido azotada por un huracán devastador. Del mismo modo, la Soberanía Igualitaria permitiría presumiblemente que los peores infractores –aquellos con antecedentes que indiquen violaciones generalizadas y flagrantes de la Decimoquinta Enmienda– sean señalados y sometidos a procedimientos como la autorización previa de la Sección 5.

En 1965, la fórmula de cobertura establecida en la Sección 4 pudo haber funcionado correctamente, pero, según Roberts, no en 2013. Ya no funcionaba para identificar las circunstancias especiales que justificarían ese trato diferenciado. Partiendo de esta premisa, Roberts se pronunció únicamente sobre el artículo 4 y, para dejarlo bien claro, añadió: «No nos pronunciamos sobre el artículo 5 en sí, sino únicamente sobre la fórmula de cobertura. El Congreso puede redactar otra fórmula basada en las condiciones actuales»<sup>60</sup>. Dadas las marcadas divisiones partidistas en el Congreso cuando se dictó la sentencia del caso *Shelby*, había muchas razones para dudar de que el Congreso pudiera, como cuestión puramente práctica, reactivar el artículo 5 mediante la adopción de una nueva fórmula de cobertura, por ejemplo, en la línea de la norma utilizada por el juez Williams. Pero eso parecía irrelevante desde el punto de vista jurídico para algunos, o quizá todos, los miembros de la mayoría. Se negaron a permitir que una valoración tan pragmática de la política del momento se convirtiera en motivo para perdonar o pasar por alto lo que les parecía una violación de un principio constitucional fundamental. Al parecer, la mayoría tampoco estaba dispuesta a considerar la disposición de la Ley que permite a las jurisdicciones cubiertas salir del procedimiento de autorización previa –la llamada disposición de rescate– como un correctivo adecuado para la insuficiencia de la fórmula de cobertura en sí. El condado de *Shelby* no solicitó un rescate y, según los términos de la ley, claramente no tenía derecho a ello. En un caso anterior, Roberts se quejó de los estrictos requisitos impuestos por la ley para obtener un rescate, aunque es dudoso que una relajación de esos requisitos hubiera salvado la fórmula de cobertura. La mayoría en *Shelby County* pudo incluso haber considerado la necesidad de que un número selecto de estados solicite un rescate como una ofensa a la Igualdad de Soberanía.

El juez Thomas se unió a la opinión de Roberts, pero quiso ir más allá. En una opinión separada indicó que él habría invalidado la Sección 5. Como si estuviera participando en una audiencia del Senado, Thomas concluyó que, en las condiciones actuales, nunca podría establecerse el abuso de los derechos de voto que podría justificar la autorización previa. Scalia no se sumó a la opinión de Thomas, sino que expresó su rabia de otra manera –en el transcurso de la argumentación oral, una fase de los procedimientos judiciales en la que Scalia suele mostrar gran interés y deleite. La mayoría de los jueces

---

60. *Id.* en 557

utilizan esta fase de los procedimientos del Tribunal, que suelen ser relativamente cortos, como una oportunidad para aclarar una cuestión en el expediente, o para resolver una duda sobre la posición de una parte. No el juez Scalia. Parecía especialmente atraído por la posibilidad de polemizar con los abogados, aunque dada su elevada posición –tenía el poder de decidir– atormentar podría ser una palabra más apropiada para describir la interacción de Scalia con los abogados que estaban ante él. En términos más generales, Scalia utilizaba los alegatos orales como una oportunidad para transmitir sus opiniones al público, no sólo a los visitantes ocasionales de la exaltada sala del tribunal, sino también a los numerosos reporteros que se sientan en esa sala y luego dan cuenta de los procedimientos a través de diversos medios de comunicación. El juez Scalia también era consciente de que lo que dijera sería transcrito y conservado. No hay momento sin vigilancia. Scalia tendía a tratar los argumentos orales como una plataforma más para exponer sus puntos de vista, como si se tratara de una falsa concurrencia, similar a sus votos particulares en *BAMN* o *Ricci*, sólo que para un público más amplio y expresados de una manera mucho más informal y elusiva.

El éxito de la Ley del Derecho al Voto de 1965 es legendario. Poco después de que fuera aprobada por el Tribunal Supremo, en el caso *South Carolina v. Katzenbach*<sup>61</sup>, el registro de afrodescendientes aumentó en casi un millón en diez estados del sur, y en más de 850.000 sólo en las jurisdicciones cubiertas por el procedimiento de autorización previa.<sup>62</sup> La Oficina del Censo también informó de que en las elecciones de 1968 votaron unos 500.000 afrodescendientes más que en las elecciones de 1964 en los estados del sur.<sup>63</sup> Esto supuso un enorme paso adelante en la realización progresiva de la aspiración democrática de la nación y en la redención de la promesa de la Decimoquinta Enmienda. Scalia parecía ser de otra opinión. Al final del argumento oral, Scalia se enfrentó al Procurador General, que había defendido la Ley, con una interpretación alternativa de los logros de la Ley. Scalia consideraba que creaba un «derecho racial», no un derecho legal, no un derecho igualitario, no un derecho democrático, sino un derecho racial. Al caracterizar la Ley del Derecho al Voto de este modo, Scalia dejó de lado los elevados fines públicos de la Ley y se refirió a ella como si no fuera más que un ejercicio de política de grupos de interés. Según este punto de vista, la Ley otorgaba a un grupo concreto un beneficio tangible que no se le podía arrebatar fácilmente, aunque hubiera buenas razones para hacerlo. Siguiendo esta línea de análisis, Scalia llegó incluso a burlarse de los fines públicos más amplios –democracia, igualdad– a los que sirve esta

61. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).

62. Véase *United States Commission on Civil Rights*, 1968. Los diez estados del sur descritos en el informe de la Comisión son Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Luisiana, Mississippi, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Tennessee y Virginia. De ellos, Alabama, Georgia, Louisiana, Mississippi, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Virginia eran las jurisdicciones de autorización previa originales, cubiertas en virtud de la fórmula de la Sección 4 aplicada a las elecciones de 1964. En 1967 estos siete estados originales contaban con 771.426 nuevos votantes afrodescendientes registrados.

63. Véase Census Bureau, 1968; véase también Census Bureau, 2019.

ley: «Incluso el nombre es maravilloso: la Ley del Derecho al Voto. ¿Quién va a votar en contra en el futuro?»<sup>64</sup>.

Scalia avanzó la idea del «derecho racial» en el condado de Shelby con un propósito muy específico: desacreditar el proceso legislativo y explicar por qué sería un error confiar en él para subsanar cualquier defecto que pudiera tener la Ley del Derecho al Voto. Como dijo: «Siempre que una sociedad adopta derechos raciales, es muy difícil salir de ellos a través de los procesos políticos normales». Scalia no reivindicó la originalidad de la idea. Como dijo: «Ya se ha escrito sobre ello». De hecho, él mismo había escrito sobre ello en 1979, en un artículo en el que criticaba la entonces reciente decisión *Bakke* sobre la acción afirmativa<sup>65</sup>. Por aquel entonces, Scalia aún no se había convertido en juez (el presidente Ronald Reagan lo nombró miembro del Tribunal de Apelaciones del Circuito de Washington D.C. en 1982). Entonces era profesor en la Universidad de Chicago, y es de suponer que se basó en el trabajo anterior de los científicos sociales, en particular bajo el influjo de la economía, que introdujeron la idea del «derecho racial» y que definieron su misión académica de una manera muy especial: Sólo buscan explicar el comportamiento humano y están dispuestos a que sus explicaciones sean juzgadas por la exactitud de las predicciones que generan. Los científicos sociales de este tipo no pretenden ofrecer una descripción completa de un fenómeno social. Más bien intentan identificar alguna característica fácilmente medible de una situación social y convertirla en la base de un cierto número de predicciones. Aspiran a un cierto reduccionismo y tratan esta característica fácilmente medible como si fuera lo único que importara.

Los jueces no son, para subrayar lo obvio, científicos sociales. Aunque los jueces necesitan basar sus decisiones en información precisa, no hay ninguna virtud en el reduccionismo apreciado por los científicos sociales orientados a la economía ni en basar sus decisiones en alguna característica fácilmente medible de una situación social. Su trabajo no consiste en generar predicciones comprobables, sino de hacer lo que es justo,

64. He aquí la declaración de Scalia en el argumento oral:

«Creo que [la repetida promulgación de la VRA en el Congreso] es atribuible, muy probablemente atribuible, a un fenómeno que se llama perpetuación del derecho racial. Se ha escrito sobre ello. Cuando una sociedad adopta derechos raciales, es muy difícil salir de ellos a través de los procesos políticos normales. No creo que ningún senador gane nada votando contra la continuación de esta ley. Y estoy bastante seguro de que se volverá a promulgar a perpetuidad, a menos que... un tribunal puede decir que no se ajusta a la Constitución. Hay que demostrar, cuando se trata a diferentes Estados de manera diferente, que hay una buena razón para ello. Esa es la preocupación de aquellos de nosotros que tenemos algunas dudas sobre este estatuto. Es una preocupación de que este no es el tipo de cuestión que se puede dejar al Congreso. Hay ciertos distritos en la Cámara que son distritos negros 'por ley' justo ahora. E incluso los senadores de Virginia, no tienen interés en votar en contra de esto. El gobierno estatal no es su gobierno, y van a perder... votos si no vuelven a promulgar la Ley del Derecho al Voto. Hasta su nombre es maravilloso: La Ley del Derecho al Voto. ¿Quién va a votar en contra en el futuro?».

Transcripción del alegato oral, 51:48-53:12, *Shelby County*, 570 U.S. 529. Estoy especialmente agradecido a Andrea de Sa, del seminario «Una comunidad de iguales» de 2020, por llamarme la atención inicialmente sobre este intercambio.

65. Scalia, 1979.



y para cumplir con esa responsabilidad los jueces deben comprender plenamente toda la dinámica social y los fines públicos que podrían explicar en la aprobación o aplicación de una ley. Por esa razón, yo diría que el uso que hace Scalia de la idea de «derechos raciales» es una apropiación indebida. Para los jueces, el reduccionismo nunca es una virtud, aunque a veces puede ser apropiado cierto grado de realismo.

Cada vez que se pide a un tribunal que juzgue la constitucionalidad de un acto legislativo, debe enfrentarse a lo que Alexander Bickel llamó en su día «la dificultad contramayoritaria»: la posibilidad de que funcionarios no elegidos dejen de lado el trabajo de una institución elegida por la mayoría de los ciudadanos.<sup>66</sup> La democracia no se reduce al mayoritarismo, pero la cualidad contramayoritaria de la revisión judicial es una razón para que un tribunal sea vacilante y comedido. El Tribunal Supremo reconoció este precepto cuando, a finales de la década de 1930, dio marcha atrás en su postura sobre el New Deal y se mostró más receptivo a la legislación dirigida a la recuperación económica. Con ese espíritu, el juez Harlan Stone, que pronto se convertiría en Presidente de la Corte Suprema, anunció en el caso *Carolene Products* de 1938 que las reglamentaciones económicas tienen derecho a una «presunción de constitucionalidad»<sup>67</sup>.

Sin embargo, Stone tuvo cuidado de limitar el alcance de esta presunción y, al hacerlo, introdujo un elemento de realismo. En una nota a pie de página (nota 4), Stone indicó que podría haber motivos para adoptar una actitud más escéptica hacia la legislación que afectara negativamente a lo que él denominó «una minoría discreta e insular»<sup>68</sup>. El riesgo de que los intereses de un grupo de este tipo no estuvieran adecuada o justamente representados en el proceso legislativo era elevado. Al esculpir esta excepción a la presunción de constitucionalidad, el juez Stone, quizá con la vista puesta en el futuro, podría haberse anticipado a las decisiones sobre derechos civiles de la década de 1940 y al propio caso *Brown v. Board of Education*, así como a su progenie. De hecho, decisiones como *Reitman*, *Hunter* y *Seattle*, que sustentan la doctrina del proceso político, bien podrían basarse en la nota 4 y en el realismo sobre el proceso político que introdujo.

Ciertamente, la jueza Sotomayor así lo creía, y se basó en la nota 4 de *Carolene Products* en su disidencia en *BAMN*. Scalia vio la nota 4 de forma diferente. En su opinión en el caso *BAMN*, escribió, con cierto desdén: «La disidencia saca a relucir la sierra vieja, derivada del dictum en una nota a pie de página, que la legislación motivada por ‘prejuicios contra minorías discretas e insulares’ merece ‘un escrutinio judicial más exigente’»<sup>69</sup>. Es cierto que el poder político de los afrodescendientes ha cambiado desde 1938. En el momento en que se dictó la sentencia *BAMN*, los afrodescendientes

66. Véase Bickel 1962.

67. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 148 (1938).

68. *Id.* en 153

69. *BAMN*, 572 U.S. en 325.

podrían haber sido capaces de formar coaliciones con otros grupos de interés y, por tanto, ya no podrían ser considerados propiamente como «insulares» en el sentido que Stone imaginaba. Pero Scalia no tuvo en cuenta los impedimentos reales a los que se enfrentaban y siguen enfrentándose los afrodescendientes en los procesos políticos, especialmente en los referéndums, que se rigen por una mayoría de votos a nivel estatal. Estos impedimentos surgen del hecho de que los afrodescendientes son una minoría numérica y carecen de la riqueza o el poder económico de aquellos cuyos intereses podrían considerarse amenazados por la acción afirmativa.

En *BAMN*, Scalia no tuvo en cuenta estos factores que limitan el poder político de la comunidad afrodescendiente antes de descartar la nota 4 como «*dictum*» y «sierra vieja». Fue incluso más lejos en *Shelby County* cuando invocó la teoría del «derecho racial» para desacreditar el «proceso político normal». Lejos de ver a los afrodescendientes como víctimas del mayoritarismo, Scalia sugirió allí que, gracias a la Ley del Derecho al Voto, los afrodescendientes tienen una medida inapropiada de poder en ese proceso. El realismo puede ser, a los ojos de Scalia, una virtud, pero el realismo selectivo del que hizo gala en *BAMN* y el año anterior en el condado de Shelby es de otro carácter totalmente distinto. El realismo selectivo distorsiona la verdad y se basa en una premisa tácita que guía la selección. También transmite un cierto desprecio por los propósitos y logros públicos de la Ley del Derecho al Voto.

El desprecio de Scalia no se refería a las disposiciones de la ley que protegían el derecho al voto, en concreto las que eliminaban los requisitos y pruebas de registro que durante tanto tiempo habían impedido a los afrodescendientes participar en el proceso electoral. También trató de menospreciar las enmiendas de 1982 a la Ley del Derecho al Voto, que pretendían proteger a las comunidades afrodescendientes de prácticas electorales perniciosas que les negaban el derecho a elegir a sus representantes. Una de esas prácticas dividía a esas comunidades entre una serie de distritos electorales (lo que los abogados de derechos civiles llamaban «*craqueo*»); otra diluía el poder de esas comunidades al pasar de distritos uninominales a distritos plurinominales, en los que la mayoría de los votantes de los distritos más grandes, y predominantemente blancos, tendrían derecho a elegir a todos los miembros de un consejo representativo. Las Enmiendas de 1982 pretendían corregir una interpretación de la Ley de 1965 realizada por la Corte Suprema en 1980 y, de forma muy similar a la Ley de Derechos Civiles de 1991, lo hicieron restableciendo y codificando una decisión del Tribunal dictada a principios de la década de 1970. En 1986, poco antes de que Scalia fuera nombrado miembro del Tribunal, la Corte Suprema confirmó las enmiendas de 1982 a la Ley del Derecho al Voto y estableció normas para orientar su aplicación y evitar abusos<sup>70</sup>.

En su andanada de *Shelby County*, Scalia desestimó despectivamente —aunque no por su nombre— todos estos esfuerzos legislativos y judiciales para crear una «protección»<sup>71</sup>

70. *Thornburg v. Gingles*, 478 U.S. 30 (1986).

71. *Id.* en 83 (White, J., concurrente)

contra la polarización racial y los antagonismos que durante tanto tiempo habían infectado la política electoral estadounidense y que, en su mayor parte, habían perjudicado a las comunidades afrodescendientes. Expresó la opinión de que una decisión sobre la continuación o incluso la corrección de la Ley del Derecho al Voto «no es el tipo de cuestión que se puede dejar en manos del Congreso» porque, según expresó, «hay ciertos distritos en la Cámara de Representantes que son distritos afrodescendientes ‘por ley’ ahora mismo»<sup>72</sup>.

Scalia no vio justicia en la Ley del Derecho al Voto. Todo era una cuestión de política de grupos de interés. Se aumentó el poder electoral de un grupo, y eso tuvo el efecto inevitable de disminuir el poder de otros grupos, algunos de los cuales también pueden ser definidos por criterios descriptivos. Es probable que esta interpretación de la Ley del Derecho al Voto genere resentimiento: No el resentimiento mezquino que podría pertenecer a un miembro de un grupo cuyo poder electoral no ha aumentado y, de hecho, sólo ha disminuido, ni el resentimiento de quienes afirman que están siendo tratados injustamente, sino más bien el resentimiento que podría pertenecer a un profesional dedicado a la justicia y a la Constitución. Es el resentimiento de la traición. Los que propusieron y promulgaron la Ley del Derecho al Voto pueden haber proclamado que estaban promoviendo la justicia y haciendo de la Constitución una verdad viva. Sin embargo, si, como lo vio Scalia, todo es política de grupos de interés –un grupo compitiendo por el poder contra otros– las pretensiones de justicia y fidelidad a la Constitución aparecen como una farsa. La insistencia de los promotores de la medida en que es algo más –que lo exige la justicia– sería una pretensión. Más aún, sería una transgresión de su sagrado deber para con la Constitución, y sería probable generar ese sentimiento de resentimiento que anima y convierte implícitamente la intervención de Scalia en *Shelby County*.

La Ley del Derecho al Voto, como he dicho antes, ha sido considerada durante mucho tiempo como una de las disposiciones más importantes y convincentes de la Segunda Reconstrucción. Pretendía poner fin a la privación masiva de derechos de los afrodescendientes y a la corrupción del proceso electoral que surgió tras el colapso de la Primera Reconstrucción en la década de 1870 y que pronto se convirtió en parte integrante de la dinámica que dio lugar al sistema de castas y lo perpetuó. Si Scalia no veía justicia en la Ley del Derecho al Voto, y la consideraba nada más que un instrumento de la política de grupos de interés, era poco probable que viera justicia en medidas reconstructivas más modestas –por ejemplo, el principio *Griggs*– que se instituyeron a finales de la década de 1960 y principios de la de 1970. Sabemos por su artículo de 1979 que veía la acción afirmativa en las admisiones universitarias en términos similares: nada más que un intento de aumentar la parte de las escasas oportunidades de que disfrutaban los afrodescendientes. El esfuerzo por defender la acción afirmativa y el principio *Griggs* en términos más elevados le ofendió especialmente y generó el mismo

---

72. Transcripción del alegato oral en 52:36-52:51, *Shelby County*, 570 U.S. 529

sentimiento de resentimiento que gobernó su respuesta a la Ley del Derecho al Voto. El problema no era una u otra medida, sino la Segunda Reconstrucción en sí misma.

Fue esta perspectiva de la Segunda Reconstrucción la que condujo, en mi opinión, a la extraña declaración de guerra de Scalia contra el principio *Griggs* y la ley que lo confirmaba, concretamente la Ley de Derechos Civiles de 1991, y quizá incluso la ley que le dio origen, la Ley de Derechos Civiles de 1964. Para reducir las diferencias entre blancos y afrodescendientes en cuanto a tasas de desempleo e ingresos, el principio *Griggs* obligaba a los empleadores a utilizar normas que minimizaran el impacto adverso dispar sobre los afrodescendientes. El juez Scalia, viendo este desarrollo a través del prisma del «derecho racial», podría haber considerado este principio y las leyes de derechos civiles como nada más que dispositivos para aumentar el número de puestos de trabajo y promociones asignados a un grupo de interés. Scalia emitió su declaración de guerra contra el principio *Griggs* y la doctrina del impacto dispar en su voto particular en *Ricci v. DeStefano* en 2009, incluso después de que una mayoría hubiera rechazado, dos años antes en *Parents Involved*, las premisas en las que se basaba. Abandonó silenciosamente esta campaña en 2015, cuando una mayoría del Tribunal volvió a afianzar el principio como un requisito de justicia y lo extendió del empleo a la vivienda. Hablando en nombre de la mayoría en ese caso, el juez Kennedy consideró que la doctrina del impacto dispar desempeñaba un papel importante en la eliminación de los obstáculos a la vivienda que, de otro modo, podrían afectar a los afrodescendientes evitando así «la sombría profecía» de la Comisión Kerner<sup>73</sup>. Esta Comisión, nombrada por el presidente Johnson inmediatamente después de los disturbios en Detroit en julio de 1967, había advertido al publicar su informe en febrero de 1968: «Nuestra nación avanza hacia dos sociedades, una negra y otra blanca, separadas y desiguales»<sup>74</sup>. Scalia disintió sin chistar.

La misma sensación de resentimiento que generaron la Ley del Derecho al Voto y el principio *Griggs* podría explicar también gran parte de la hostilidad del juez Scalia hacia la acción afirmativa y, en particular, su opinión en el caso *BAMN*. Llevaba mucho tiempo negándose a permitir, bajo ningún concepto, las preferencias basadas en la raza para los afrodescendientes en las admisiones universitarias, ya fuera como técnica para garantizar los beneficios educativos derivados de un alumnado diverso o como estrategia de justicia diseñada para erradicar las castas. Anunció su campaña contra la acción afirmativa y *Bakke* en su artículo de la revista jurídica de 1979 y continuó esa campaña en el banquillo. Finalmente, perdió la batalla en la decisión *Grutter* de 2003 y, como resultado, en las primeras décadas del siglo XXI la acción afirmativa sobrevivió y llegó a considerarse un rasgo destacado de la Segunda Reconstrucción. La primera línea de la opinión de Scalia sobre la *BAMN* refleja su exasperación con la Segunda Reconstrucción: «Hemos llegado a esto». Scalia comprendió perfectamente que la

73. *Inclusive Communities*, 576 U.S. en 546.

74. *National Advisory Commission On Civil Disorders*, 1968.

enmienda constitucional de Michigan en cuestión en *BAMN* creaba una nueva forma de limitar, en la práctica, los efectos de *Grutter*, y adoptó plenamente esta estrategia. De hecho, para evitar que esta estrategia de oposición fuera denegada por jueces que intentaran proteger a los afrodescendientes de las vicisitudes de los referéndums o iniciativas a nivel estatal, normalmente realizados mediante votaciones secretas y controlados por mayorías predominantemente blancas, Scalia convirtió *BAMN* en una plataforma para repudiar todas las formas de la doctrina del proceso político.

Scalia fue implacable en su oposición a la Segunda Reconstrucción. Se opuso a la acción afirmativa, al principio *Griggs*, a la doctrina del proceso político, a las medidas para ampliar la distribución del derecho de sufragio, a la protección adicional proporcionada al derecho de voto mediante la autorización previa, e incluso a las normativas diseñadas para dar a las comunidades afrodescendientes la oportunidad de elegir a los representantes de su elección. No importaba si la medida concreta había sido instituida por las universidades, el poder judicial federal, los gobiernos estatales y locales, el poder ejecutivo, el poder judicial federal o incluso el Congreso de los Estados Unidos. No veía justicia en nada de eso, sólo el poder de un grupo de interés, y le molestaban quienes decían lo contrario.

A veces, Scalia basaba su oposición en precedentes, sobre todo en una lectura extravagante de *Washington v. Davis*, aunque su disposición general a repudiar precedentes y a desestimar el trabajo y las opiniones de los jueces con los que no estaba de acuerdo era casi impresionante. En la mayoría de los casos, sin embargo, Scalia reivindicó la autoridad de la Constitución pura<sup>75</sup>. En una ocasión, al unirse a la mayoría en *Shelby County*, se basó en el principio de igualdad de soberanía. En la mayoría de sus posturas, basó su oposición a la Segunda Reconstrucción en la Cláusula de Igual Protección.

Para convertir la Cláusula de Igualdad de Protección en un motivo para oponerse a la reconstrucción, Scalia tuvo que negar su propósito fundamental: proteger la libertad recién adquirida por los afrodescendientes. Separado de sus raíces históricas, el juez leyó la Cláusula de Igual Protección para prohibir en su totalidad, y sólo para prohibir, la conciencia racial y las clasificaciones raciales, sea cual sea el propósito que estas prácticas puedan tener o la consecuencia que puedan causar. Las palabras de la Cláusula de Igual Protección no se acomodan fácil o naturalmente a una regla tan prístina y absoluta, así que en ocasiones, como vimos en *BAMN*, Scalia se las inventó, he de suponer que irreflexivamente. Freud prometió una vez que si prestábamos atención a los deslices e indagábamos en la dinámica subyacente que los producía, descubriríamos una verdad más amplia. Dudo que alguna vez imaginara que la verdad revelada consistiría en una especie de jurisprudencia.

---

75. Véase *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 984, 1000 (1992).

## BIBLIOGRAFÍA

- BICKEL, A., (1962). *The Least Dangerous Branch*. Bobbs-Merrill.
- BISKUPIC, J., (2014). *Breaking In: The Rise of Sonia Sotomayor and the Politics of Justice*. Farrar, Straus and Giroux.
- BRENNAN, W., (1985). The Constitution of the United States: Contemporary Ratification. *University of California Davis Law Review*, (19), 2-14.
- CENSUS BUREAU, (1968). *Characteristics of Persons of Voting Age: 1964 To 1968*. United States Government Printing Office.
- CENSUS BUREAU (2019). *Reported Voting Rates in Presidential Election Years, by Selected Characteristics*.
- DIVER, C., (2004). From Equality to Diversity: The Detour from Brown to Grutter. *University of Illinois Law Review*, (3), 691.
- FISS, O., (1976). Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, (5) 107-177.
- FISS, O., (1997). Affirmative Action as a Strategy of Justice. *Philosophy and Public Policy*, (17), 37-38.
- FISS, O., (2021). The Law of Narrow Tailoring. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, (23), 879.
- KRONMAN, A., (2019). *The Assault on American Excellence*. Free Press.
- LANDSBERG, B. K., (2007). *Free at Last to Vote: The Alabama Origins of The 1965 Voting Rights Act*. University Press of Kansas.
- NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CIVIL DISORDERS (1968). *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders*. Dutton & Co.
- REYES, K., (2018, 27 de diciembre). Affirmative Action Shouldn't Be About Diversity *The Atlantic*.
- SCALIA, A., (1979). The Disease as Cure: «In Order to Get Beyond Racism, We Must First Take Account of Race». *Washington University Law Quarterly* (1979), 147-157
- SIEGEL, R., (2011). From Colorblindness to Antibalkanization. *Yale Law Journal*, (120), 1278.
- UNITED STATES COMMISSION ON CIVIL RIGHTS (1968). *Political Participation: A Study of The Participation of Negroes In The Electoral and Political Processes In 10 Southern States Since Passage of The Voting Rights Act of 1965*. United States Government Printing Office.

