Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La acumulación de desventajas*

The Accumulation of Disadvantages

Owen M. Fiss

Autor:
Owen M. Fiss
Yale University, Estados Unidos
Owen.Fiss@yale.edu
https://doi.org/10.15779/Z38P55DH0H

Recibido: 17-9-2020
Aceptado: 10-11-2020

Citar como:
Fiss, Owen M. , (2021). La acumulación de desventajas Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 95-129. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.04

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Owen M. Fiss

Resumen

Grupos históricamente marginalizados en una estructura de castas sufren desventajas en varias esferas sociales. Cualquier estrategia correctiva debe reconocer el carácter interdependiente de este sistema de desventaja y elaborar reglas que impidan que una desventaja sufrida en una esfera (tal la de educación) se transmita a otra (tal el empleo). En este ensayo se explica y defiende una de estas estrategias —la idea de la responsabilidad acumulativa— inspirándose en la experiencia estadounidense del movimiento de derechos cívicos.

Palabras clave: Derechos civiles; desigualdad estructural; anti subordinación; responsabilidad acumulativa; Corte Suprema de los Estados Unidos.

Abstract

Historically subordinated groups in a caste structure are disadvantaged in a multitude of social spheres. Any corrective strategy must acknowledge the interconnected character of this system of disadvantage and devise rules that prevent a disadvantage inflicted in one sphere (such as education) from being carried over and transferred to another (such as employment). This essay, drawing on the civil rights experience of the United States, explains and defends one such strategy—the idea of cumulative responsibility.

Keywords: Civil rights; structural inequality; antisubordination; cumulative responsibility; United States Supreme Court.

* Traducción de Juan Francisco Patzán Sánchez.
Nota del autor: Este ensayo se inspiró en la ponencia que presenté al Simposio Thomas M. Jorde en homenaje al juez William J. Brennan, Jr. de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La presenté primero el 16 octubre del 2017 en la Universidad de California a Berkeley y después el 23 abril del 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Las ideas se forjaron en un seminario que doy en la Facultad de Derecho de Yale desde hace varios años, «Una Comunidad de Iguales». Se publicó en inglés en la California Law Review, volumen 106 (2018) bajo el título «The Accumulation of Disadvantages». Les agradezco a los alumnos los debates animados del seminario y sobre todo al traductor, Juan Francisco Patzán Sánchez, Abogado Asesor de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La continua subyugación de grupos históricamente desaventajados es producto de políticas que abarcan todos los ámbitos de su vida. Sus miembros son generalmente rechazados, sus oportunidades educativas desiguales, su campo de empleo limitado, y se les confina a vivir juntos, en el mismo vecindario, generalmente en los lugares más antiguos y deteriorados; inclusive, sin la posibilidad de gozar de los servicios públicos más elementales. A menudo, a los miembros de esos grupos se les niega hasta el derecho a votar.

La Segunda Reconstrucción –un programa de reforma implementado luego de la segunda guerra mundial y destinado a erradicar la subordinación de los afrodescendientes en los Estados Unidos–, fue exhaustiva en sus aspiraciones y, eventualmente, llegó a todas las esferas sociales; sin embargo, debe recordarse que evolucionó de forma gradual. El programa se lanzó formalmente en 1954 con la decisión de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education*[1], y su mandato, que exigía la desegregación de la educación pública, pronto se extendió a todas las actividades estatales. Pese a ello, el país tuvo que esperar hasta 1964 para que el Congreso garantizara a los afrodescendientes la igualdad de oportunidades de empleo con las empresas particulares y el acceso igualitario a hoteles y restaurantes de propiedad privada. Aún más tarde, en 1967, la Corte Suprema dio un paso adelante una vez más y rechazó las leyes estatales que interferían con las relaciones más privadas entre afrodescendientes y blancos, y que les prohibían casarse entre sí. En 1968, el alcance de la Segunda Reconstrucción fue extendido de nuevo, esta vez por el Congreso, que promulgó una medida para garantizar el acceso equitativo a la vivienda.

El derecho al voto de los afrodescendientes fue también un tema de reforma durante este periodo. Si bien este fue consagrado en la Constitución, en los años inmediatamente posteriores a la Guerra Civil, siguió siendo una promesa incumplida durante casi cien años. No fue sino hasta 1965 que se le dio cumplimiento cuando el Congreso, en respuesta a la dramática marcha de Selma a Montgomery, prohibió una gran cantidad de instrumentos y políticas que habían sido utilizadas por los Estados del Sur para privar a los afrodescendientes de sus derechos civiles.

Ninguna de estas garantías que pretendían la igualdad de trato, independientemente de si fueron creadas por la Corte Suprema o el Congreso, se implementaron por sí mismas. Se debieron entablar demandas para hacerlas cumplir, lo que solamente acentuó el carácter ya fragmentado de la Segunda Reconstrucción. Las demandas, después de todo, no pueden presentarse contra la sociedad en general, sino solo contra instituciones particulares que han actuado de manera inadecuada. Como resultado, hubo que interponer innumerable cantidad de demandas contra las autoridades educativas locales que: dirigían sus escuelas con políticas de segregación, contra empresas individuales que se negaban a contratar afrodescendientes, contra propietarios de tierras que los excluían, y contra los departamentos de policía que utilizaban la fuerza y las armas para abusar de ellos. Cada demanda tenía sus propias víctimas y perpetradores;

1. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

cada una fue administrada por su propio equipo legal; y cada una fue escuchada por alguno de los muchos jueces federales de todo el país.

EL PRINCIPIO DE GRIGGS Y SUS ORÍGENES

En 1969, quince años después de que la Corte Suprema dictara su decisión en *Brown v. Board of Education*, ese tribunal reconoció finalmente la artificialidad del enfoque fragmentado de la reforma y anunció una doctrina fundada en un entendimiento de la interconexión de las prácticas que perjudicaban a los afrodescendientes. En el caso *United States v. Gaston County*,[2] se condenó la práctica de negar a ese grupo el derecho a votar por no aprobar una prueba de alfabetización, sin tomar en cuenta que la igualdad de oportunidades educativas les fue negada sistemáticamente cuando eran niños. Era irrelevante para el análisis del Tribunal el hecho de que ante él se encontraba una autoridad electoral denunciada por sus acciones y no una junta escolar. Tampoco que algunos afrodescendientes que buscaban el derecho al voto hubieran recibido educación en otros condados o en otros estados. En esencia, los jueces fueron impulsados por una idea, llamémosla, *«la teoría de la responsabilidad acumulativa»*, que condena la participación de cualquier institución, independientemente de sus acciones pasadas, en prácticas que agravan, perpetúan o simplemente suman a alguna de las desventajas que los afrodescendientes recibieron a manos de otras instituciones, aunque fuese en otro momento y en otros ámbitos.

El Congreso pronto dio un nuevo impulso a esta decisión al aprobar un estatuto que impuso una prohibición a nivel nacional de las pruebas de alfabetización.[3] Esta medida, así como el fallo judicial que la impulsó, fue reforzada por el sentimiento democrático que favorece la ampliación de los votantes: mientras más, mejor. La Corte y el Congreso también fueron ayudados, al menos filosóficamente, por el hecho de que el derecho al voto no es un recurso escaso: permitir que una persona vote no niega a otra esa oportunidad. Sin embargo, como el Tribunal pronto dejó en claro, la teoría de la responsabilidad acumulativa implícita en el fallo de *United States v. Gaston County*, por lógica no podía limitarse solo al voto. En la primavera de 1971, en un caso titulado *Griggs v. Duke Power Company*, la Corte Suprema aplicó la teoría de la responsabilidad acumulativa en el contexto laboral y prohibió a los empleadores privados usar pruebas u otros requisitos educativos que, debido a la calidad inferior de la escolaridad que los afrodescendientes habían recibido, les impactara de forma desigual.[4] La opinión fue unánime y presentada por el entonces nuevo Presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger. No se reconoció una diferencia entre el voto y el empleo, y, de hecho, el caso *United States v. Gaston County*, un caso de votación, fue el único precedente que se

2. *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969)
3. Voting Rights Amendments Act of 1970, PUB. L. NO. 91-285, 84 Stat. 314, 315 (1970).
4. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S 424, 429-30 (1971).

citó en lo que ahora se entiende como la decisión histórica de empleo de la Segunda Reconstrucción.

En los años inmediatamente posteriores a la decisión del caso *Griggs v. Duke Power Company*, el Tribunal desarrolló un proceso de tres pasos para evaluar los requisitos de empleo: (1) el demandante debe demostrar que la prueba impugnada tiene un impacto adverso y desigual en los afrodescendientes, al negarles oportunidades laborales a un grupo de ellos desproporcionadamente más grande; (2) si el demandante lo comprueba, la carga se traslada a la empresa para que demuestre si la prueba está razonablemente diseñada para medir el desempeño laboral. Si no lo logra, la prueba aportada será excluida; (3) incluso si la empresa es capaz de demostrar que la prueba de empleo es una medida adecuada del desempeño laboral, el demandante todavía tiene la oportunidad de demostrar que existe otra prueba que mida el desempeño laboral de igual manera, pero que tiene menos efectos adversos en la comunidad de afrodescendientes que aquella preferida por la empresa. Si se logra esta demostración, la prueba de la empresa será excluida, y, probablemente, se instituirá la alternativa.[5]

Este método de tres pasos, comúnmente conocido como *«el principio de Griggs»,* pretende generar presión sobre las empresas para que desarrollen e implementen pruebas de empleo que minimicen el impacto desigual hacía la comunidad afrodescendiente. Aunque esta presión es limitada, pues nunca es tan grande como para exigir a las empresas que contraten a personas que no pueden realizar adecuadamente el trabajo en cuestión, impone de alguna manera obligaciones afirmativas a los empleadores y les exige sacrificios económicos: primero, les requiere que dediquen recursos para desarrollar pruebas que puedan medir el desempeño laboral; segundo, les obliga a utilizar una prueba, entre todas las que puedan medir el desempeño laboral, que genere menos desigualdad en los afrodescendientes, incluso si esta prueba es más costosa de administrar, suponiendo, por supuesto, que los costos adicionales no sean prohibitivos. La teoría de la responsabilidad acumulativa, tal como se aplica en *Griggs*, no impone estas obligaciones a la empresa únicamente por sus propias acciones, específicamente, que haya elegido evaluar a los empleados sobre la base de la prueba en disputa, sino también porque los afrodescendientes habían recibido, en el pasado, una educación inferior.

Tanto el caso *Gaston County* como *Griggs* se basaron en leyes que, explícitamente, prohibían la discriminación por motivos de raza. Pero los funcionarios y empresarios que habían sido llamados a rendir cuentas en estos casos no podían ser acusados literalmente de discriminación por motivos de raza –es decir, utilizar la raza como criterio para determinar quién podía votar o quién debería obtener el trabajo. Las pruebas invalidadas en estos casos se aplicaron a todos los solicitantes –blancos o afroamericanos– y se supuso que las pruebas se administrarían de manera imparcial, es decir, no habría favoritismo basado en la raza al calificar el rendimiento en la prueba. Ciertamente, siempre es posible impugnar los motivos de los funcionarios que eligen pruebas que tienen resultados dispares predecibles. Sin embargo, en estos dos casos, el Tribunal no

5. *Vid.* Albemarle Paper Co. V. Moody, 422 U.S, 406 (1971).

tomó esa ruta. No se habló de animadversión. El Tribunal asumió que las pruebas en cuestión se adoptaron como parte de un esfuerzo de buena fe para identificar buenos trabajadores o votantes calificados.

En su opinión en el caso *Griggs*, el Presidente Burger introdujo la idea de *«discriminación indirecta»*[6], sugiriendo así que una práctica que tiene el efecto de perpetuar una discriminación previa basada en la raza debería considerarse, en si misma, como una discriminación basada en la raza. Tal punto de vista, sin embargo, no es del todo convincente, porque no proporciona razón alguna para tratar las dos prácticas de la misma manera. Podríamos prohibir el uso de la raza al seleccionar empleados o al asignar el sufragio sobre la base de que constituye una forma de trato injusto, ya que la raza es un criterio irrelevante para determinar la productividad o juzgar si las personas están calificadas para votar. No se puede decir lo mismo de una prueba, como fue el caso de las utilizadas en *Griggs* y *Gasto County*, que parece tener un propósito social legítimo, como elegir buenos trabajadores o votantes calificados.

La teoría de la *«discriminación indirecta»* tampoco puede justificar el tercer paso implicado en el principio de Griggs: la obligación de una empresa o una agencia pública de adoptar una prueba alternativa que satisfaga sus necesidades legítimas pero que tenga un efecto menos adverso sobre los afroamericanos. El remedio para la discriminación, ya sea directa o indirecta, es una limitación que prohíbe la discriminación, no una obligación afirmativa de minimizar el impacto dispar. Además, y lo que es más importante, la idea de *«discriminación indirecta»* que ofreció el Presidente Burger no explica por qué es legítimo responsabilizar a una empresa (Duke Power Company) o un distrito electoral (Condado de Gaston) por la discriminación racial perpetrada por autoridades educativas, algunas de diferentes estados, sobre las cuales las autoridades en el caso no tenían control alguno.

Sostengo que no deberíamos ver decisiones como las de *Griggs* y *Gaston County* o la *teoría de la responsabilidad acumulativa* en general, como aplicaciones o incluso extensiones de normas antidiscriminatorias enfocadas individualmente. Por el contrario, estas decisiones judiciales deberían verse como impulsadas por consideraciones más grandes y fundamentales: un deseo de poner fin a la estratificación social, arraigada en la esclavitud y mantenida por las leyes Jim Crow, que trata a los afroamericanos como parias.[7] La discriminación basada en la raza es solo una de las muchas técnicas que se han usado para crear y mantener esa estructura; es un instrumento para lograr el mal, no el mal en sí mismo. Lo incorrecto es la subordinación perpetua y sistemática de un grupo que está racialmente definido.

La teoría de la responsabilidad acumulativa aprecia la interconexión de la vida social y el hecho de que las personas llevan las desventajas que reciben en un ámbito,

6. *Vid. Griggs,* 401 U.S en 430 («Allí, debido a la educación inferior recibida por los *negros* en Carolina del Norte, esta Corte prohíbe la institución de una prueba de alfabetización para el registro de votantes debido a que la prueba reducirá indirectamente el derecho a voto por la raza.»).

7. Fiss, 1976, 2004.

digamos la educación, a otros, como el empleo. Se basa en la triste verdad de que la desigualdad engendra desigualdad. El principio de *Griggs* se basa en esta teoría y requiere que las empresas tomen medidas, en consonancia con su interés en contratar trabajadores calificados, que minimicen las desventajas impuestas a los afroamericanos en otros ámbitos y en otros momentos. Específicamente, ordena a cada empresa que se asegure de que las pruebas que usa estén relacionadas con el trabajo y, más allá de eso, instituir dispositivos de evaluación que puedan servir a sus intereses comerciales, al mismo tiempo que minimiza la exclusión de la comunidad afrodescendiente.

Esta obligación no se impone porque suponemos o incluso creemos que la empresa en cuestión ha jugado un papel en la creación del sistema de casta racial que ahora subyuga a los afrodescendientes. Más bien, surge de una comprensión adecuada de la responsabilidad que cada miembro de la comunidad tiene ahora, incluso uno nacido ayer, de erradicar la estructura social estratificada que ha estropeado la sociedad estadounidense desde su inicio. Todos nosotros, simplemente porque vivimos juntos y somos miembros de la misma sociedad, debemos hacer lo que podamos para honrar los valores de la Constitución y cumplir su promesa de transformar a Estados Unidos en una comunidad de iguales.

El principio de *Griggs* no es autoejecutable. A menudo requiere la implementación por parte del poder judicial y la emisión de una orden o decreto por un tribunal. En tal caso, un juez podría condenar una prueba de empleo porque la empresa no puede demostrar que la prueba que causó un impacto desigual fue un buen indicador del desempeño laboral. O el juez podría ordenar a la empresa que instituya una prueba propuesta por el demandante sobre la base de que la prueba de la empresa no minimiza el impacto disparejo en los afroamericanos, a pesar de que mide adecuadamente el desempeño laboral. En tal litigio, podemos imaginar al jefe de una empresa preguntando: *«¿Por qué yo? ¿Por qué tengo que ajustar o cambiar mis prácticas para dar cuenta de las deficiencias impuestas por el sistema educativo?»*

Esta duda surge de un desajuste entre el carácter estructural de la reforma buscada por el principio de *Griggs* y la necesidad de adjudicación para implementar ese principio en las prácticas cotidianas de la comunidad empresarial. La aspiración es social pero el método es individualizado. Si bien el objetivo final del principio de *Griggs* es de naturaleza estructural –es decir, erradicar la estratificación racial que ha sobrevivido a la abolición de la esclavitud y el desmantelamiento de las leyes Jim Crow– en la medida en que dependamos de demandas para lograr ese propósito, necesitaremos proceder de manera fragmentaria. Tendremos que demandar a una empresa a la vez.

El CEO perjudicado en nuestra demanda imaginada debe llegar a comprender que la empresa no se hace responsable de las deficiencias en la educación que los afrodescendientes habían recibido. Por el contrario, la empresa es responsable de sus propias acciones, el método que eligió para seleccionar a sus empleados. Superficialmente, este método puede parecer lo suficientemente inocente, pero en verdad, debido a una infinidad de factores, incluido el carácter inferior de la educación que recibieron los afroamericanos, tendrá consecuencias estructurales sociales desafortunadas.

Como cuestión de fondo, la doctrina legal debe reflejar todas las dimensiones de desventaja, de lo contrario, nunca se le pondrá fin a la subordinación de los afrodescendientes. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, debemos confrontar a un actor social a la vez, dejando el resto para otro día, con la teoría de que debemos comenzar en alguna parte. La esperanza es que la victoria alcanzada en cualquier demanda guíe a la industria y luego se extienda a otros dominios y, finalmente, se convierta en la ley del país.

DE LA CONSTITUCIÓN A LA LEY

Aunque el objetivo de la Segunda Reconstrucción —la erradicación de la estructura de casta racial que ha desfigurado a la sociedad estadounidense durante mucho tiempo— es realmente admirable, el compromiso con el proyecto comenzó a disminuir a principios de los años setenta. Varios de los jueces que habían sido responsables de *Brown* y su implementación renunciaron, y en su lugar, dos presidentes republicanos, Richard Nixon y luego su reemplazo, Gerald Ford, nombraron jueces que estaban menos comprometidos, y, tal vez, opuestos a la reforma que *Brown* había prometido.[8]

La sociedad estadounidense también comenzó a cambiar. La guerra en Vietnam aumentó la desconfianza en la autoridad del gobierno, y la inflación puso fin a la sensación de riqueza que sustentaba gran parte del idealismo de la década de 1960. Las interpretaciones clásicas del mercado ganaron mayor importancia y las personas comenzaron a ver el intercambio privado y bilateral, en lugar de la acción de las autoridades, como el principal mecanismo de ordenamiento de la sociedad.[9]

En su decisión de 1976 en *Washington v. Davis*,[10] la Corte Suprema respondió a estas situaciones, pero de una manera extraña. La mayoría hizo una distinción audaz entre Constitución y ley y rebajó el principio de Griggs a una regla legal. Tal movimiento siempre me ha parecido una lectura forzada de Griggs. Aunque, como cuestión puramente técnica, Griggs había sido sometido al Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, y la opinión del Presidente de la Corte en ese caso tenía una calidad constitucional. El precedente crucial en el que se fundamentó el Presidente Burger, a saber, *Gaston County*, se basó en la Constitución (la Decimoquinta Enmienda o su codificación en la Ley de Derechos de Voto de 1965). Además, la atención que los jueces suelen prestar al lenguaje de una ley fue reemplazada por una referencia a la antigua fábula de la cigüeña y el zorro, un modo de análisis más adecuado para la exégesis constitucional que la interpretación legal.

El Presidente de la Corte comprendió bien que, al promulgar el Título VII, el Congreso simplemente estaba tratando de ampliar la interpretación de la igualdad de protección articulada por la Corte Suprema en *Brown* a entidades o actividades no

8. *Vid.* Kalman, 2017.
9. Posner, 1973, es illustrative de este desarrollo.
10. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

cubiertas por esa decisión debido al requisito de acción estatal de la Decimocuarta Enmienda.[11] Los legisladores no imaginaban que estaban creando una nueva regla de conducta sustantiva. Por lo tanto, no fue sorprendente que, desde 1971 (cuando se decidió *Griggs*) hasta la decisión de la Corte en *Washington v. Davis* en 1976, la profesión legal trató el principio de *Griggs* como legal y constitucional.

El procedimiento que dio lugar a la decisión *Washington v. Davis* fue inicialmente presentado contra el departamento de policía de Washington, D.C., con base en la Constitución (específicamente el componente de igual de protección de la Quinta Enmienda). Durante la tramitación de la demanda, el Congreso reformó el Título VII para que fuese aplicable a las prácticas laborales de las agencias gubernamentales, pero los abogados de los solicitantes afroamericanos rechazados persistieron en sus reclamos constitucionales. Aunque la mayoría de los jueces eventualmente rechazó el reclamo del Título VII (considerando que la prueba de empleo cuestionada estaba relacionada con el desempeño laboral), primero dictaminaron que el estándar de impacto dispar de *Griggs* no regía los reclamos constitucionales.

Esta era la forma más irregular de proceder –la Corte generalmente busca evitar fallos constitucionales, si hay otro motivo de decisión disponible. De conformidad con este precepto, la Corte podría haber negado en primer lugar que se cumplieran los requisitos del principio de *Griggs*, independientemente de si el principio tenía base en la ley o en la constitución, y de esa manera eliminar la necesidad de decidir si el principio era de proporciones constitucionales. La decisión de la Corte de llegar y negar el estatus constitucional del principio de *Griggs* fue especialmente desconcertante, porque ese asunto no fue planteado ni informado por las partes. Tampoco fue una de las cuestiones presentadas formalmente a la Corte.

Al elegir el decidir en *Washington v. Davis* de la manera en que lo hizo, la Corte Suprema, en efecto, renunció a su liderazgo en la Segunda Reconstrucción. El Tribunal decidió dar un paso atrás, y durante los próximos veinte años, hasta enero de 1995, cuando los republicanos, liderados por Newt Gingrich, tomaron el control del Congreso, la responsabilidad principal de la agenda de derechos civiles de Estados Unidos se trasladó al Capitolio.[12] Durante este período, el Congreso abrió nuevos caminos cuando, en 1990, promulgó la Ley de Estadounidenses con Discapacidades, exigiendo que las entidades que prestan servicios de salud realicen ajustes razonables para las necesidades de las personas con discapacidad.[13] Sin embargo, en su mayor parte, durante esta fase en particular de la Segunda Reconstrucción, el Congreso no se embarcó en una expansión audaz y dinámica de los derechos civiles. Más bien, el Congreso se limitó a deshacer

11. *Vid*, p. ej., 110 CONG. REC. 1517 (1964) (declaración del Representante Celler, el proponente de la legislación) («La legislación ante ustedes únicamente busca honrar las garantías constitucionales de igualdad ante la ley para todos.») Refiriéndose a las disposciiones en la ley propuesta que rige los acuerdos públicos de Estado, el Representatne Celler agregó: «La discriminación de ese tipo ya ha sido declarada inconstitucional por un gran número de casos». 110 CONG. REC. 1518.
12. *Vid.* Eskridge, 1991.
13. 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (2012).

decisiones selectas de la Corte recién constituida que consideró que habían reducido o diluido los logros anteriores.

En la Ley de Discriminación por Embarazo de 1978, por ejemplo, el Congreso modificó el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 para prohibir las decisiones de empleo basadas en el embarazo, de la misma manera que la Ley de 1964 regulaba las decisiones de empleo basadas en el sexo.[14] En 1980, el Congreso autorizó al Fiscal General iniciar y participar en demandas para proteger los derechos civiles de las personas confinadas en hospitales y prisiones.[15] Al promulgar esta medida, el Congreso respondió principalmente a una opinión presentada por William Rehnquist (juez asociado en ese entonces), acompañado por el Juez Lewis Powell y el Presidente Burger, disidentes de la negación de *certiorari*. En esa opinión, Rehnquist indicó su desaprobación de un fallo de los tribunales inferiores que permitía al Fiscal General intervenir en el litigio general de la prisión de Texas.[16] El Congreso lo entendió claramente.

En las enmiendas de 1982 a la Ley de Derechos de Voto de 1965, el Congreso prohibió las prácticas que tenían el efecto, no solo el propósito, de perjudicar a los afroamericanos en el proceso electoral. Al promulgar esta medida, el Congreso estaba respondiendo a la decisión reciente de la Corte Suprema que permitía a Mobile, Alabama, continuar su sistema general para elegir miembros del consejo de la ciudad, un acuerdo que, efectivamente, le negó a los afrodescendientes la oportunidad de elegir representantes de su elección.[17] En otra intervención legislativa de este tipo, la Ley de Restauración de los Derechos Civiles de 1987,[18] el Congreso revocó la decisión de la Corte Suprema que había reducido el alcance de las leyes de derechos civiles que prohibían la discriminación en programas o actividades que recibieran asistencia financiera federal. El estatuto de 1987 amplió el alcance de estas medidas de derechos civiles de tal manera que el receptor de los fondos federales fuera responsable de la discriminación que ocurriera en cualquiera de sus programas o actividades.

Este patrón se repitió una vez más con la Ley de Derechos Civiles de 1991.[19] El objetivo principal de esa ley, posiblemente la más importante de todas estas medidas de reparación, era revocar una decisión de la Corte Suprema de 1989 que, según los proponentes de la legislación, había debilitado la doctrina del impacto dispar de *Griggs*.[20] La Ley de 1991 procedió, no enmendando la prohibición de discriminación basada en

14. *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976), sustituido por estatuto, Ley de Discriminación por Emberazo de 1978, 42 U.S.C § 2000e(k) (2012), PUB. L. NO. 95-555, 92 Stat 2076 (1978)
15. *Civil Rights of Institutionalized Persons Act* (Ley sobre Derechos Civiles de Personas Institucionalizadas), PUB. L. NO. 96-247, 94 Stat 349 (1980).
16. *Estelle v. Justice*, 426 U.S. 925 (1976) (Rehnquist, J., opinión disidente).
17. *Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980), sustituido por estatuto, Modificación a Ley de Derechos de Voto de 1982, PUB. L. NO. 97-205, 96 Stat. 131 (1982)
18. *Grove City College v. Bell*, 465 U.S. 555 (1984), sustituido por estatudo, Ley de Restauración de los Derechos Civiles de 1987, PUB. L. No. 100-259, 102 Stat. 28 (1988).
19. PUB. L. NO 102-166, 105 Stat. 1071 (1991) (las disposiciones de la Ley que rige la responsabilidad del impacto dispar se codifican en 42 U.S.C. § 2000e-2(k)).
20. *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

la raza que se promulgó en 1964, sino agregando una disposición separada que rige la responsabilidad por impacto dispar. Al elaborar esta disposición, los proponentes de la Ley de 1991 no se ocuparon con mucha especificidad a la redacción sobre el imperio de la ley que estaban promulgando. Simplemente adoptaron un lenguaje general de una serie de decisiones anteriores de la Corte Suprema, mientras que al mismo tiempo desaprobaron la última aplicación de esos precedentes por parte de ese tribunal.[21]

Tal ejercicio del poder legislativo parece estar en desacuerdo con la teoría subyacente de *Washington v. Davis*. Pese a que esa decisión no fue fiel a la historia legislativa de la Ley de Derechos Civiles de 1964, y aunque la disposición de la Corte de aceptar la responsabilidad por impacto dispar no se derivó de manera obvia del lenguaje de esa medida, la decisión de la Corte de llevar el principio de *Griggs* del nivel de una norma constitucional a la de una norma legal, en efecto, amplió el poder del Congreso para supervisar la aplicación e interpretación de la doctrina de impacto dispar. Al entregar la responsabilidad del principio de *Griggs* al Congreso, se puede interpretar que *Washington v. Davis* promueve los valores mayoritarios. Sin embargo, la Ley de 1991 frustró esta comprensión de *Washington v. Davis*, ya que al elaborar esa Ley de la manera en que se hizo, el Congreso se negó a asumir la responsabilidad de la doctrina del impacto dispar y, en cambio, insistió en tratarla como una creación judicial. Después de este juego inter-rama de papa caliente, solo queda preguntarse: ¿Quién está a cargo aquí? ¿Es la corte o el Congreso?

Los veinticinco años siguiente a la promulgación de la Ley de 1991, la Corte Suprema ha sido gobernada en gran medida por un bloque conservador. De hecho, en todo momento, una clara mayoría de los jueces que estaban en el banquillo habían sido nombrados por presidentes republicanos, algunos por Nixon y Ford, otros por Ronald Reagan, George H. Bush y su hijo, George W. Bush. Sin embargo, notablemente, en dos ocasiones distintas durante este período de veinticinco años, la Corte consideró el lugar del principio de *Griggs* en la ley estadounidense, y en ambos casos, uno de estos

21. Sección 2(2) de la Ley de Derechos Civiles de 1991 declaró «El Congreso considera que…la decisión de la Corte Suprema en el caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*…ha debilitado el alcance y efectividad de las protecciones Federales de los derechos civiles….» Particularmente el Congreso dejó claro que objetaba sobre la forma en que la decisión en *Wards Cove* había alterado la carga de la prueba que regía en los reclamos de impacto dispar. Mientras que *Wards Cove* sostenía que el empleador tenía la carga de presentar evidencia de que la prueba se relacionaba al trabajo, la Corte en este caso adjudicó la carga de persuasión sobre el demandante. La Ley de 1991 señala su objeción sobre este elemento del fallo colocando la carga de la prueba sobre el patrono. Sin embargo, a partir de ahí en los cambios que la Ley causó en *Wards Cove* y la doctrina de impacto dispar, en general, permanecieron inciertos. El Congreso emitió un memorando interpretativo para acompañar la Ley de 1991, el cual dice que la Corte de *Wards Cove* malinterpretó los términos «necesidad comercial» y «relación al trabajo». Sin embargo, en lugar de proporcionar una correcta interpretación a dichos términos, simplemente se refirió al pronunciamiento de la Corte Suprema sobre esos términos en *Griggs*. *Véase* 137 CONG. REC. S28,623 (diario ed. Oct. 25, 1991) (memorando interpretativo) («Los términos "necesidad comercial" y "relacionado al trabajo" intentan reflejar los conceptos enunciados por la Corte Suprema en *Grigss v. Duke Power Co.,* y en otras decisiones de la Corte previo a la de *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*») (se omitieron citas internas).

nombrados republicanos, el juez Anthony Kennedy, escribió una opinión que sostenía dicho principio.

El primero de ellos ocurrió en la decisión *Ricci* de 2009 que involucraba a los bomberos de New Haven, Connecticut.[22] El segundo consistió en la decisión de *Inclusive Communities* de 2015, en la cual la Corte amplió la doctrina del impacto dispar del Título VII al Título VIII, por la ley de vivienda justa que fue promulgada en 1968.[23] Sin embargo, hubo elementos en las opiniones de Kennedy en ambos casos que podrían parecer en tensión con cómo se entiende tradicionalmente el principio de *Griggs*.[24]

Al decidir *Ricci*, Kennedy tuvo cuidado de estructurar su opinión dentro de los términos del Título VII, aunque entendió que el caso no era un ejercicio ordinario de interpretación legal, sino que implicaba un choque entre dos principios fundamentales. Uno fue el de *Griggs* y su orden de que los empleadores minimicen el impacto dispar. Después de *Washington v. Davis*, este principio se basó en la prohibición de discriminación en la versión original de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y, más tarde, en la codificación explícita de la responsabilidad por impacto dispar por las enmiendas de 1991 a esa Ley. El otro principio, que ahora se entiende como basado en la versión original del Título VII, prohíbe el trato dispar –siempre que las oportunidades de empleo no se puedan asignar en función de la raza.

Al principio, Kennedy anunció que su propósito era dar efecto a ambos principios (impacto dispar y trato dispar), pero en realidad le asignó una prioridad al impacto dispar. De hecho, dictaminó que, si el principio de *Griggs* requiere que un empleador deseche los resultados de una prueba para evitar una responsabilidad de impacto dispar, cualquier objeción que un solicitante blanco descontento, que tuvo éxito en esa prueba, pueda plantear contra la acción del empleador, basada en el trato dispar, sería rechazada. Al asignar una prioridad al impacto dispar, Kennedy podría estar reflejando una creencia en el papel especial que puede desempeñar la doctrina para lograr la igualdad racial. En un nivel más técnico, su posición podría basarse en una regla de interpretación legal, que asigna una prioridad a la medida promulgada más recientemente (Ley de 1991). O bien, Kennedy podría estar reflejando un compromiso de adherirse al precedente, a saber, *Washington v. Davis*, ya que interpretó la prohibición de discriminación contenida en el Título VII como la fuente del principio de impacto dispar y, por lo tanto, no podría prohibir las medidas adoptadas de conformidad con ese principio.

Sin embargo, *Ricci* implicaba un elemento adicional que complicaba la aplicación del marco creado por Kennedy. No estaba del todo claro que la acción de New Haven, descartando los resultados de una prueba que implicara un impacto dispar, se basara en un deseo de cumplir con el principio de *Griggs*. La ciudad había actuado por sí sola –sin una orden judicial que implementara el principio de *Griggs*– después de revisar

22. *Ricci v. DeStefano*, 557 (2009).
23. *Tex. Dep't of Hous. & Cmty. Affairs v. Inclusive Cmtys. Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507 (2015).
24. Los dos artículos más importantes sobre el principio de *Griggs,* uno escrito antes de *Ricci*, el otro después de *Ricci* pero antes de *Inclusive Cmtys.,* son los de Primus 2010 y 2003.

los resultados de una prueba que rige las promociones, y luego de que se hiciera de conocimiento público que la prueba, si se permitía que surtiera efecto, conduciría a la promoción de numerosos solicitantes blancos y ningún solicitante afroamericano. La perspectiva de tal resultado desencadenó una reacción pública hostil, y ante esa protesta, el ayuntamiento anuló los resultados de la prueba alegando que existían pruebas o métodos de evaluación alternativos e igualmente válidos que minimizarían el impacto dispar de los afroamericanos.

Bajo estas circunstancias, a Kennedy le preocupaba que la razón declarada por New Haven para desechar el examen pudiera ser un pretexto y que, en realidad, el motivo por el que rechazó a los solicitantes que obtuvieron el puntaje más alto en el examen fue por su raza –eran blancos. Para protegerse contra esta contingencia, Kennedy dictaminó que un empleador, actuando por su cuenta, podría descartar los resultados de una prueba validada bajo el supuesto de que existen pruebas alternativas, igualmente válidas, que minimizarían el impacto dispar solo si existiera, en sus términos, *«una base sólida en evidencia»* de que la acción era necesaria para evitar una responsabilidad por impacto dispar.[25] En el caso específico que debía decidir, Kennedy concluyó que este requerimiento de *«una base sólida en evidencia»* no se cumplía. Una vez que se rechazó ese reclamo, parecía que la acción de New Haven de rechazar la prueba se basó en gran medida en *«los resultados raciales en bruto»* –los solicitantes seleccionados eran blancos– lo que constituiría una violación de la disposición de tratamiento dispar del Título VII.[26]

El Tribunal fue dividido 5-4. La jueza Ruth Ginsburg presentó una disidencia en nombre del bloque liberal, pero se debe subrayar la naturaleza limitada de esa disidencia.[27] Ella estuvo de acuerdo con Kennedy en que el caso involucraba una tensión entre los dos principios fundamentales –tratamiento dispar e impacto dispar– que se encarnan en el Título VII. También estuvo de acuerdo con el orden que Kennedy había establecido entre estos dos principios: el impacto dispar es anterior, o como ella lo diría, *«fundacional»*.[28] Esto significa que Ginsburg creía, al igual que Kennedy, que si una decisión de deshacerse de una prueba se hace para implementar el principio de *Griggs* y para minimizar el impacto dispar requerido por ese principio, los solicitantes blancos perjudicados por esa decisión no tendrían derecho de reclamo bajo el Título VII.

Sin embargo, Ginsburg se opuso al estándar que Kennedy había elaborado para determinar, cuando hay un acuerdo voluntario, si el deseo del empleador de evitar la responsabilidad por impacto dispar es de hecho la base de su acción. Específicamente, se quejó de la rigurosidad de la prueba de *«base sólida en evidencia»* de Kennedy para protegerse contra el trato desigual. Pero la regla que Ginsburg ofreció para protegerse contra esta misma contingencia fue notablemente similar a la de Kennedy. Si bien Kennedy insistió en *«una base sólida en evidencia»*, Ginsburg exigió que, al descartar

25. *Ricci,* 557 U.S. en 584.
26. *Íd.* en 593.
27. *Íd.* en 621 (Ginsburg, J., opinión disidente)
28. *Idem.* (citando *idem* en 581 (opinión mayoritaria))

los resultados de una prueba, el empleador debe tener una «*buena causa*» para creer que existían pruebas alternativas igualmente válidas que minimizarían el impacto dispar.[29] La similitud entre los dos estándares –«*base sólida en evidencia*» y «*buena causa*»– se hizo especialmente evidente en un caso de derechos de voto de 2017, donde Kennedy, en una opinión mayoritaria en conjunto con Ginsburg, usó los dos estándares indistintamente.[30]

Ginsburg tenía motivos más firmes, aunque todavía limitados, cuando ella se opuso a la aplicación del estándar de Kennedy en el caso *Ricci*. Ella creía que el tribunal de distrito debería aplicar la prueba de «*base sólida en evidencia*» en primera instancia en una prisión preventiva. Ese estándar, extraído de una opinión de la juez Sandra Day O'Connor en el caso de acción afirmativa de *Richmond*,[31] nunca se había aplicado en el contexto de *Griggs* y, en cualquier caso, la aplicación de dicho estándar al expediente no estaba en el timón de la Corte Suprema.

Después de expresar esta objeción, Ginsburg aplicó prácticamente el mismo estándar que Kennedy y llegó a una conclusión opuesta.[32] Concluyó que la acción de la ciudad, deshacerse de la prueba, se basó en un fallo bien fundamentado de que existían métodos alternativos de selección que eran igualmente válidos, que producirían un menor impacto dispar y que permitirían que la prueba no se basara en la raza de los candidatos. Pero esta conclusión constituye principalmente una diferencia sobre los hechos, no en el marco legal, aunque su lectura del expediente bien puede haber sido guiada por su comprensión de la ley o, más específicamente, por una duda de que ella podría haber albergado acerca de si la prohibición de tratamiento dispar proporciona una protección tan extenuante a los blancos como a los afrodescendientes.

Al hablar por la mayoría, Kennedy dictaminó que New Haven no tenía una «*base sólida de evidencia*» para desechar la prueba y que, por lo tanto, su acción no estaba dictada por el principio de *Griggs*. Luego concluyó que New Haven había violado la

29. *Idem*. en 625-26 (Ginsburg, J., disidente) («Por lo tanto, yo sostendría que un empleador que desecha un dispositivo de selección cuando su impacto racial desproporcionado se hace evidente no viola automáticamente o en absoluto la barra de tratamiento dispar del Título VII, sujeto a esta condición clave: El empleador debe tener una buena razón para creer que el dispositivo no resistirá la prueba por necesidad comercial»).

30. *Cooper v. Harris*, 137 S. Ct. 1455, 1464 (2017) (se omite la cita) («Cuando un Estado invoca el VRA para justificar el distrito basado en la raza, debe demostrar (para cumplir con el requisito de "adaptación estrecha") que tenía "una base sólida de evidencia" para concluir que el estatuto requería su acción. O dicho de otra manera, el Estado debe establecer que tenía "buenas razones" para pensar que transgrediría la Ley si trazaban líneas de distrito basadas en la raza»).

31. *City of Richmond v. J.A. Croson Co*., 488 U.S. 469 (1989)

32. En otro voto, el juez Samuel Alito se quejó de la disposición de Ginsburg de otorgar un juicio sumario a la ciudad, ya que eso requeriría un hallazgo que ningún jurado racional podría encontrar para los solicitantes blancos rechazados. *Ricci*, 557 U.S. en 597 (Alito, J., concurrente). Sin embargo, Ginsburg dejó en claro que estaba a favor de una devolución y otros procedimientos (que podrían incluir un juicio) y declaró que estaba dispuesta a deshacerse del caso en una moción de juicio sumario (en su caso, al otorgar la moción de la ciudad) porque la mayoría había otorgado la moción de los demandantes blancos rechazados para juicio sumario y, por lo tanto, consideró que «la adjudicación final por este Tribunal [era] apropiada». *Idem*. en 632 n.10 (Ginsburg, J., disidente); *véase también idem* en 639 («No me opondría a una devolución por nuevos procedimientos justos para ambas partes»).

prohibición del tratamiento dispar contenido en el Título VII.[33] Resolver el caso de esta manera eliminó la necesidad de que Kennedy abordara cualquier objeción constitucional que pudiera plantearse a la Ley de 1991. Sin embargo, el juez Antonin Scalia no estaba preparado para dejar el asunto de esta manera.[34] Se unió a la opinión que Kennedy escribió para una mayoría de cinco, pero también presentó un acuerdo por separado –tal vez un guiño y un codazo a futuros litigantes– indicando en su inimitable manera que tenía dudas sobre la constitucionalidad del estatuto federal (la Ley de 1991) que había codificado el principio de *Griggs*. Las dudas de Scalia se derivaron del hecho de que la Ley de 1991 requirió o alentó a los empleadores a tomar medidas con conciencia racial.

Dos años antes, Kennedy había indicado su desacuerdo con esta línea de análisis. En su opinión concurrente en el caso *Parents Involved* de 2007,[35] Kennedy dejó en claro que la conciencia del impacto racial de una política o práctica no era ilegal bajo la igualdad de protección, ni siquiera desencadenó un escrutinio estricto. Puso el uso de clasificaciones raciales para asignar oportunidades escasas en otra categoría por completo. Si bien el uso de clasificaciones raciales no estaba necesariamente prohibido, dicha práctica desencadenaría un escrutinio estricto y se consideraría ilegal, a menos que haya una demostración de que el uso de una clasificación racial sirvió para un propósito convincente y se ajustó estrechamente (es decir, no hay otra alternativa para lograr ese fin). Desde esta perspectiva, no se puede plantear ninguna objeción constitucional a la Ley de 1991. No requiere que los empleadores usen una clasificación racial como base para otorgar trabajos. Por supuesto, la Ley exige que los empleadores sean conscientes del impacto racial de las pruebas u otras normas aparentemente inocentes que podrían usar para seleccionar empleados, pero tal conciencia racial, ya sea practicada por funcionarios públicos o exigida por aquellos actores privados, no es ilegal o incluso sospechosa. En *Parents Involved*, Kennedy rechazó la idea de una Constitución sin distinción de colores/razas, cuando se toma como una declaración de las restricciones constitucionales sobre lo que podría verse o conocerse por los funcionarios públicos o lo que ellos puedan requerir de otros.

33. El juez Kennedy trató la prohibición de trato dispar del Título VII en términos más absolutistas que la igualdad de protección constitucional. Bajo la igualdad de protección, una decisión basada en la raza desencadena un escrutinio estricto y solo se puede permitir si cumple algún propósito convincente y está estrechamente diseñada para cumplir ese propósito. Según el Título VII, una decisión basada en la raza no es solo una razón para un escrutinio estricto, sino que está totalmente prohibida. *Ricci*, 557 U.S. en 579.

34. *Idem* en 594 (Scalia, J., opinión concurrente) («Me uno por completo a la opinión del Tribunal, pero me dirijo por separado para hacer ver que su resolución en este conflicto simplemente pospone el terrible día en el que la Corte tendrá que enfrentar la pregunta: si, o ¿hasta qué punto son coherentes las disposiciones de impacto dispar del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 con la garantía de la Constitución de igualdad de protección?»).

35. *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 552 U.S. 701, 782 (2007) (Kennedy, J., concurrente en parte y concurrente en la sentencia).

En resumen, Kennedy, a diferencia de Scalia, no creía que hubiera una «*guerra entre impacto dispar e igualdad de protección*».[36] En este tema, Kennedy se basó en las opiniones de Ginsburg y los otros tres jueces que se unieron a su disidencia *Ricci* –en otras palabras, la mayoría de la Corte. Bien podríamos perdonar a Kennedy por no abordar las reflexiones que Scalia expresó en su concurrencia en *Ricci*, ya que parecían estar destinadas a lanzar una guerra que Scalia ya había perdido.

La segunda opinión mayoritaria de Kennedy sobre el principio de *Griggs*, en el caso de *Inclusive Communities*, tomó la prueba de impacto dispar del Título VII y la injertó en el Título VIII. Este fallo, en contraste con la opinión de Kennedy en *Ricci*, no molestó a Ginsburg ni a los otros jueces liberales. De hecho, todos se unieron a la opinión de *Inclusive Communities* de Kennedy formando así una mayoría de cinco para extender el principio de *Griggs* del empleo a la vivienda –un logro muy notable, dado que el Título VIII, a diferencia del Título VII después de la enmienda de 1991, no contenía una disposición separada respaldando la responsabilidad por impacto dispar.

El caso en cuestión se refería a las prácticas de una agencia estatal encargada de otorgar créditos fiscales federales a los promotores inmobiliarios que diseñaran una manera para promover mejor el desarrollo de viviendas asequibles. Los demandantes, un grupo dedicado a promover la integración residencial, argumentaron que se debería exigir a la agencia estatal que otorgara estos créditos fiscales a los desarrolladores que buscaran construir nuevas viviendas de bajo costo en las comunidades blancas suburbanas en lugar de los desarrolladores que proponían construir viviendas nuevas y de bajo costo en guetos del centro de la ciudad y, de esa manera, buscar revitalizar esas comunidades.

Frente a dos políticas alternativas, posiblemente razonables, Kennedy era reacio a que un tribunal federal, por medio de una doctrina de impacto dispar, tomara la decisión por la agencia estatal o, como él lo expresó, «*dudar de*» la agencia.[37] En ese sentido, parecía haber diluido el principio de *Griggs*, que efectivamente requiere que un empleador adopte la prueba alternativa menos desventajosa.[38] Sin embargo, no

36. *Ricci,* 557 U.S. en 595 (Scalia,J., concurrente).

37. *Tex. Dep't of Hous. & Comty. Affairs v. Inclusive Cmtis, Project, Inc.,* 135 S. Ct. 2507, 2512 (205) («Aquì, el conflicto subyacente involucra una teoría innovadora de responsabilidad que, en el momento de la devolución, podría verse simplemente como un intento de adivinar cuál de los dos enfoques razonables que una autoridad de vivienda debe seguir al asignar créditos fiscales para vivienda de bajos ingresos»). Más tarde, repite el mismo pensamiento. *Idem*. en 2522 («Este caso, al devolverse, puede verse simplemente como un intento de cuestionar cuál de los dos enfoques razonables debe seguir una autoridad de vivienda en el ejercicio de su discreción en la asignación de créditos fiscales para viviendas de bajos ingresos»).

38. *Hills v. Gautreaux*, 425 U.S. 284 (1976), arroja considerables dudas sobre la razonabilidad de una de esas alternativas para hacer alternativas para apoyar la construcción de viviendas asequibles en el *ghetto* del centro de la ciudad. En esa decisión, la Corte Suprema confirmó la orden emitida por un tribunal de distrito que exige que el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano proporcione vales a las familias que viven en proyectos de vivienda pública en el centro de la ciudad que les permitiría mudarse a comunidades suburbanas blancas. Esta orden no se basó en un hallazgo de que la agencia federal de vivienda discriminaba por motivos de raza en la construcción y ubicación del proyecto de vivienda pública, sino que solo suministraba los fondos a la autoridad municipal de vivienda, que había ubicado los proyectos en barrios negros porque los residentes probablemente eran afroamericanos. Los cupones permitieron que los residentes de viviendas públicas se mudaran a una nueva comunidad integrada y, por lo tanto, podrían justificarse con el argumento

debemos perder de vista el contexto inusual de *Inclusive Communities* en sí, que implicaba la asignación de escasos créditos fiscales. Kennedy parecía dispuesto a aplicar el principio de *Griggs* con toda su fuerza en un caso que se encontraba dentro de lo que él llamó el *«corazón»* de la doctrina del impacto dispar –es decir, cuando un tribunal confrontó barreras, análogas a las que surgen en el contexto laboral, que los afroamericanos podrían encontrarse al obtener acceso a la vivienda.[39] Tal caso podría surgir, por ejemplo, cuando una ciudad suburbana prohíbe la construcción de edificios de apartamentos con alquileres de bajo costo sobre el fundamento de que tales instalaciones causarían congestión de tráfico. En el contexto laboral, una vez que se muestre un impacto dispar, el acusado tendrá la oportunidad de demostrar que la barrera impugnada está relacionada con el trabajo y, en ese sentido, sirve a un interés comercial legítimo. En el caso de la vivienda, una vez que se demuestre que la política impugnada ha causado un impacto dispar, la municipalidad demandada tendrá la oportunidad de demostrar que la política de hecho sirve a un interés público legítimo (gestión del tráfico). Si la prueba se realiza adecuadamente, el demandante entonces tendrá la oportunidad de demostrar que existen formas alternativas de satisfacer las necesidades del público (por ejemplo, redirigiendo el tráfico) que conllevarían un impacto menos dispar.

En *Inclusive Communities* como en *Ricci*, Kennedy atribuyó la responsabilidad al Congreso por esta ampliación de la doctrina del impacto dispar hacia la vivienda, y caracterizó el rol de la Corte como el de simple cumplimiento de un mandato del Congreso. Esto le permitió conciliar su decisión con *Washington v. Davis* y guardar el principio conservador que podría haber dado lugar a esa decisión –que las ramas políticas, no el poder judicial, deberían ser los principales responsables de la reconstrucción de la sociedad estadounidense. Sin embargo, podemos ver cuán tensa es esta versión de *Ricci* e *Inclusive Communities* cuando nos centramos en el supuesto mandato legislativo que Kennedy citó en cada caso.

En *Ricci*, señaló la Ley de Derechos Civiles de 1991, aunque, como hemos visto, ese estatuto implicaba una extraña división de responsabilidad entre el Congreso y el poder judicial y representa todo menos el dominio típico del Congreso. En *Inclusive Communities*, Kennedy señaló las enmiendas de 1988 a la Ley Federal de Vivienda, pero esta atribución de responsabilidad al Congreso es aún más tensa. A diferencia de la Ley de 1991, las enmiendas de 1988 no codificaron ni adoptaron de ninguna otra manera la doctrina del impacto dispar; solo agregaron protecciones contra la discriminación basada en el estatus familiar o la discapacidad y mejoraron los mecanismos de aplicación de la ley.

Al buscar el mandato legislativo requerido por *Washington v. Davis*, Kennedy señaló tres regulaciones incluidas en las enmiendas de 1988. Una estipula que nada en la Ley

---

de que mantener el *ghetto* del centro de la ciudad tendría el efecto de perpetuar la subordinación de los afroamericanos. *Véase generalmente* Fiss, 2003. Para un estudio empírico integral de los beneficios de las políticas de desconcentración, *vid.* Chetty, 2016.

39. *Vid* Sheehan, 2017, pp 391, 399.

de Vivienda Justa impedirá que los tasadores tengan en cuenta factores distintos a los enumerados específicamente como características protegidas: raza, religión, origen nacional, sexo, discapacidad o estatus familiar. Una segunda prohibió cualquier intento del Congreso de interferir con las decisiones de vivienda basadas en condenas por la producción y distribución de drogas. La tercera estipula que nada en la Ley debe interpretarse como una interferencia con las decisiones que buscan limitar el número máximo de personas en una vivienda.

Kennedy seguramente tenía razón al decir que estas tres regulaciones serían superfluas si el Congreso hubiera asumido que la doctrina de impacto dispar no era aplicable bajo la Ley. Pero hay una diferencia decisiva entre, por un lado, que el Congreso suponga que la responsabilidad por impacto dispar podría ser aplicable a la vivienda si la Corte Suprema permite que la línea de decisiones de las cortes de circuito adopte una doctrina de impacto dispar en los casos de vivienda o finalmente siga un camino similar y, por otro lado, el Congreso ordene, dirija o incluso respalde tal doctrina. Al elegir la primera alternativa, el Congreso solo se estaba preparando para una contingencia.

De hecho, es notable, como señaló Kennedy, que en el curso del proceso legislativo que condujo a las enmiendas de 1988, el Congreso no repudió las decisiones de las cortes de circuito que anteriormente habían extendido la responsabilidad de impacto dispar a la vivienda. Sin embargo, tal inacción en el Congreso no es una base suficiente, según las reglas ordinarias que rigen el proceso legislativo, para permitir que Kennedy concluya, como lo hizo, que en las enmiendas de 1988 el Congreso había *«aceptado», «afirmado»* y *«ratificado»* la doctrina de impacto dispar.

Presumiblemente la intervención necesaria del Congreso se produjo en 1968, cuando el Congreso promulgó originalmente la Ley de Vivienda Justa, no cuando modificó esa Ley en 1988. La Ley de Vivienda Justa original contenía una prohibición de la discriminación en la vivienda y constituye una buena base legal para la doctrina de impacto dispar como la prohibición de la discriminación en el empleo promulgada originalmente por el Congreso cuando adoptó el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.[40] Aunque todo el mundo había pensado que la decisión original de *Griggs* era más un ejercicio de legislación constitucional que de interpretación legal,

40. Aunque Kennedy consideró que las enmiendas de 1988 de la Ley de Vivienda Justa eran «de crucial importancia» para su argumento de defensa de la extensión de la responsabilidad por impacto dispar a vivienda, también logró encontrar dentro de la Ley Vivienda Justa, como se promulgó originalmente, una regla que requiere que las políticas de vivienda se juzguen en función de sus efectos, no solo de sus propósitos. *Inclusive Cmtys.*, 135 S. Ct. en 2519. Específicamente, señaló la frase «de otra manera hacer que no esté disponible» en la Sección 804 de la ley de 1968. *Idem*. Esa disposición lo hizo ilegal: «Negarse a vender o alquilar después de hacer una oferta de buena fe, o negarse a negociar la venta o alquiler de, o de otra manera hacer que no esté disponible o negar, una vivienda a cualquier persona debido a la raza…» La lectura del juez Kennedy del estatuto de 1968 aparece como una exageración, ya que, en el contexto, «de otra manera hacer que no esté disponible» aparece como una frase general diseñada para cubrir la multiplicidad de formas en que un propietario puede discriminar en función de la raza. Es digno de mención que la distinción entre el propósito de los versos de efecto jugó poco o ningún papel en la evolución de la legislación de derechos civiles en la década de 1960 y de hecho alcanzó su importancia en la ley solo después de la decisión de 1976 en *Washington v. Davis.*

en *Washington v. Davis* la Corte sostuvo lo contrario. Dictaminó que la prohibición original de discriminación en el empleo incluía una prohibición de impacto dispar y, por extraño que parezca, esa decisión podría considerarse como la base de la decisión de la Corte en *Inclusive Communities*. Los valores mayoritarios que justificaron a *Washington v. Davis* atenderían por el hecho de que el Congreso posee el mismo poder para supervisar la administración de la doctrina de impacto dispar en el campo de la vivienda que en el empleo. En verdad, aunque Kennedy señaló las enmiendas de 1988, su mente debe haber estado en 1968. Hizo por la vivienda en *Inclusive Communities* lo que el Presidente Burger había hecho por el empleo en *Griggs*.

GRIGGS EN EL MAR

Desde la perspectiva de *Ricci* e *Inclusive Communities*, el requisito de aprobación legislativa de la prueba de impacto dispar ha adquirido un carácter formal, casi ritualista. La Corte lo usó en esos casos como una hoja ideológica, permitiendo que los fallos constitucionales se presentaran como ejercicios de interpretación legal. Es cierto que, en los contextos de empleo y vivienda, como fue cierto en derecho de voto, este desarrollo ha sido, en su mayor parte, benigno. Aun así, las victorias logradas en *Ricci* e *Inclusive Communities* no deberían cegarnos ante los daños reales impuestos por el requisito del mandato legislativo de *Washington v. Davis* y al hecho de que creó un obstáculo significativo para el alivio efectivo en otros dominios, especialmente en la educación primaria y secundaria.

Si bien la Ley de Derechos Civiles de 1964 contenía varias disposiciones relacionadas con la desegregación de las escuelas públicas, se dedicaron en gran medida a mejorar las técnicas para hacer cumplir el decreto de la Corte Suprema en *Brown*. Por ejemplo, la Ley de 1964 autorizó las demandas escolares del Departamento de Justicia[41] y permitió que el Departamento interviniera en cualquier demanda civil basada en un reclamo de igualdad de protección.[42] La Ley de 1964, sin embargo, no promulgó una regla sustantiva, como lo había hecho en el contexto laboral, que prohíbe la discriminación en la educación pública. A los ojos del Congreso, no había necesidad de tal medida porque la declaración de *Brown* de que la educación segregada es inherentemente desigual ya estaba en los libros. Era la ley. Entonces, irónicamente, cuando la Corte negó en *Washington v. Davis* la aplicabilidad de la doctrina de impacto dispar a las demandas de igualdad de protección, dejó a la desegregación escolar más vulnerable a los peligros de la fragmentación que el voto basado en ley, el empleo y eventualmente las demandas de vivienda, todo lo cual podía argumentarse basado en ley.

Como resultado, a mediados de la década de 1970, cuando llegó el momento de considerar la aplicabilidad de *Brown* al Norte y al Oeste y, por lo tanto, evaluar en esas

41. Ley de Derechos Civiles de 1964, Título IV, §407 (codificado según la enmienda en 42 U.S.C. §2000c-6).
42. Ley de Derechos Civiles de 1964, Título IX, §902 (codificado según la enmienda en 42 U.S.C. §2000h-2).

áreas la práctica común de asignar estudiantes a las escuelas en función de sus vecindarios, la Corte Suprema carecía de los medios para vincular a las fuerzas responsables de la creación de barrios racialmente segregados al patrón segregado de la asignación de escuelas. En consecuencia, la Corte limitó la fuerza de *Brown* a los casos en que la junta escolar local había utilizado un criterio racial para asignar estudiantes a las escuelas. Ignoraba el papel que desempeñaba la agencia gubernamental en la construcción de los patrones residenciales a través de la zonificación racial, la aplicación de convenios racialmente restrictivos, la negativa a garantizar hipotecas en los llamados *«barrios cambiantes»* y la ubicación de proyectos de vivienda pública solo en los barrios negros. Las escuelas eran escuelas, la vivienda era la vivienda. La responsabilidad acumulativa fue denegada. Para ser precisos, este giro en la ley ocurrió poco antes de que se dictaminará *Washington v. Davis*, específicamente en la decisión de 1974 que rechaza el plan de desegregación de escuelas metropolitanas en el caso de *Detroit*.[43] Sin embargo, el fallo de la Corte en *Washington v. Davis* que limitó el principio de *Griggs* a los reclamos legales, acorta cualquier esfuerzo adicional para corregir la segregación de la escuela primaria y secundaria a través de una teoría que vincula los patrones de asignación de estudiantes con la discriminación en la vivienda.

El Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964 demostró ser incapaz de corregir este incumplimiento.[44] Aunque ese estatuto no abordaba la educación primaria y secundaria con ninguna especificidad, sí imponía una prohibición amplia de la discriminación racial en cualquier programa o actividad que recibe asistencia financiera federal, y esta categoría incluía la educación pública, especialmente después de la infusión masiva de fondos federales a las autoridades estatales y locales en virtud de la Ley de Escuelas Primarias y Secundarias de 1965. La Sección 602 del Título VI autorizó específicamente a las agencias de financiación federales para implementar la prohibición amplia de la discriminación racial contenida en la disposición inicial de ese título (Sección 601). Las regulaciones que habían sido promulgadas por varias agencias de financiamiento bajo la Sección 602 prohibieron explícitamente las prácticas que tenían el efecto, no solo el propósito, de discriminar en función de la raza, y se entendió que la prohibición de los efectos discriminatorios imponía una responsabilidad de impacto dispar en todos los receptores de asistencia financiera federal. Sin embargo,

43. *Vid. Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 728 n.7 (1974). En la nota al pie siete, la Corte se negó a considerar el impacto que la segregación residencial podría tener sobre el carácter racial de los patrones de asistencia de los estudiantes. En el propio *Milliken*, esta acción se justificó por el motivo limitado de que la aprobación de los tribunales inferiores del recurso entre distritos no se basó en una consideración del impacto de la segregación residencial. Sin embargo, la voluntad de la Corte Suprema de dejar a un lado el recurso entre distritos sin considerar la importancia de la segregación residencial implicaba una regla mucho más amplia que hacía que las fuerzas que creaban patrones residenciales fueran irrelevantes. *Vid.* Orfield, 2015: 369-70, 412-13. Para la responsabilidad de los gobiernos federales, estatales y locales en la creación de segregación residencial en Detroit, incluso fuera de los límites de la ciudad, *vid.* Rothstein, 2017: xii-v, 23-24, 26-27, 74, 81 82, 97-99, 104-05, 128-29, 146-47.

44. 42 U.S.C §§ 2000d-2000d-7

en la decisión de 2001 en *Alexander v. Sandoval*,[45] la Corte Suprema sostuvo que no había derecho particular para hacer cumplir las regulaciones que imponían responsabilidad de impacto dispar. El caso surgió de una demanda colectiva que impugnaba la decisión del Departamento de Seguridad Pública de Alabama de realizar exámenes de manejo solo en inglés.

Scalia redactó la opinión mayoritaria en *Alexander v. Sandoval*. No solo prohibió el derecho particular de hacer cumplir la regulación que proscribía el efecto discriminatorio o el impacto dispar, sino que, de manera inimitable, también creó dudas sobre si dicha regulación, incluso si se aplicara mediante una acción administrativa, sería un ejercicio legítimo de la autoridad otorgada a la agencia de financiamiento bajo la Sección 602. Aunque Scalia dijo que estaba preparado para asumir, pero no decidir, que una norma que prohíbe el efecto discriminatorio que se haría cumplir por acción administrativa constituiría un ejercicio legítimo de esa autoridad, él enfatizó repetidamente que la Sección 601 prohíbe solo la discriminación intencional. Además, si bien negó un derecho particular para hacer cumplir la norma de impacto dispar sobre la base de la regla que desfavorece las causas de acción implícitas, indicó su disposición a honrar el precedente que había permitido los derechos de acción privados bajo el Título VI para las regulaciones que prohibían la discriminación intencional.

La nube que Scalia creó sobre la legalidad de las regulaciones de impacto dispar no llevó a las agencias de financiación, incluidas las encargadas de distribuir fondos a las escuelas públicas, a derogar dichas regulaciones o evitar que emitieran nuevas regulaciones para el mismo efecto. Pero no estaba del todo claro cómo se harían cumplir tales regulaciones. Las agencias federales de financiación poseen un gran poder (cesación de fondos), pero el poder es tan grande –un corte de fondos dañaría a todos los niños de la escuela del distrito– que todos entendieron que lo más probable es que nunca se usaría. A fines de la década de 1960, cuando la Oficina de Derechos Civiles del Departamento de Salud, Educación y Bienestar estaba a la vanguardia del esfuerzo para implementar *Brown*, el poder judicial trató de llenar esta brecha correctiva transformando las demandas de una agencia administrativa en requisitos constitucionales y permitiendo que estas demandas se ejecuten judicialmente.[46] Pero *Washington v. Davis* excluyó esta opción para aquellas regulaciones que imponen responsabilidad por impacto dispar.

Del mismo modo, si no fuera por *Washington v. Davis*, el principio de *Griggs* habría reformado casi seguramente la educación superior pública de una manera fundamental. Para los procesos de admisión por oposición, las universidades estatales se basan en pruebas estandarizadas que exceden las desventajas que los afroamericanos reciben en la educación primaria y secundaria –exactamente la misma situación presentada por los hechos en *Griggs*. Sin embargo, una vez que *Washington v. Davis* negó la aplicabilidad de la doctrina del impacto dispar a reclamos de igualdad de protección, estas instituciones de educación superior no tuvieron la carga de demostrar en un tribunal de justicia que

45. *Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 275 (201)
46. Read, 1978: 432-35.

las pruebas que usaron estaban relacionadas adecuadamente con la predicción del rendimiento académico. Los solicitantes afrodescendientes agraviados tampoco tuvieron la oportunidad de demostrar que había métodos alternativos disponibles para predecir dicho rendimiento y que estos métodos disminuirían el impacto dispar en ellos.

Las universidades estatales eran libres de seguir voluntariamente los procedimientos requeridos por su comprensión del principio de *Griggs*. Presumiblemente, algunas lo hicieron. Otras, junto con varias universidades privadas, optaron por aumentar la inscripción de estudiantes afrodescendientes al otorgarles a los solicitantes una ventaja modesta –un plus indeterminado, pero no predominante– en el proceso de admisión. Esta práctica, generalmente conocida hoy como acción afirmativa, se hizo prominente a principios de la década de 1970 y en sus inicios fue vista en los mismos términos que el principio de *Griggs* –como una estrategia para terminar con la subordinación racial. Se pensó que la acción afirmativa aceleraría la movilidad ascendente de los afroamericanos como grupo y, por lo tanto, ayudaría a poner fin a la estratificación social en el corazón del sistema de castas raciales.[47]

La Corte Suprema, después de batallas interminables y aún continuas, ha mantenido preferencias raciales cuando lo practican las universidades estatales, pero nunca en esos términos.[48] En cambio, la Corte ha permitido un tratamiento preferencial para los afroamericanos según la teoría, articulada por primera vez en 1978 por el juez Lewis Powell en el caso *Bakke*[49] y luego utilizada en 2003 por la juez Sandra Day O'Connor en *Grutter v. Bollinger*. Hablando por la mayoría, declaró que la acción afirmativa proporcionaría «*beneficios educativos que fluyen de la diversidad del cuerpo estudiantil*».[50]

El razonamiento de diversidad de O'Connor salvó el día, al menos de forma estratégica, pero dejó la política de trato preferencial sin una justificación con peso suficiente para compensar la sensación de injusticia que evoca en muchos. También hizo que la acción afirmativa fuera especialmente vulnerable a la dinámica política de los referéndums estatales, incluido el que la Corte Suprema confirmó en 2014, que prohibía a los funcionarios de las universidades estatales en Michigan otorgar preferencias basadas en la raza en las admisiones.[51] Si el tratamiento preferencial solo puede ser defendido sobre la base de que proporciona beneficios educativos, entonces el electorado estatal podría decidir renunciar a dichos beneficios o tratar de alcanzarlos a través de alternativas que eviten la queja que sienten los solicitantes blancos que fueron rechazados porque los afrodescendientes habían sido preferidos.

La Corte en el caso de Michigan estaba muy dividido. Kennedy pronunció el fallo de la Corte y escribió una opinión al cual John Roberts y Samuel Alito se unieron (aunque Roberts también escribió una concurrencia por separado). Gran parte de la

47. Fiss, 1997.
48. *Fisher v. Univ. of Tex. in Austin*, 136 S. Ct. 2198 (2016).
49. *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
50. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 330 (2003).
51. *Schuette v. Coal*. para defender la acción afirmativa, la integración y los derechos de los inmigrantes y la lucha por la igualdad, por Cualquier Medio Necesario (*BAMN*), 134 S. Ct. 1623 (2014).

opinión de Kennedy era un himno a la democracia –una expresión conmovedora de su fe en la calidad de un electorado para comprender y deliberar sobre un tema complejo y difícil de las políticas públicas. Si bien también reconoció los límites –los límites constitucionales– de las prerrogativas de la población, las trató como irrelevante en este caso al considerar que el propósito del trato preferencial basado en la raza no es más que una cuestión de política educativa.

En el centro de la opinión de Kennedy está la doctrina del proceso político, que, para Kennedy, surgió de tres decisiones de la Corte Suprema: la decisión de 1967 en *Reitman v. Mulkey*,[52] la decisión de 1969 en *Hunter v. Erickson*,[53] y la decisión de 1982 que involucra la desegregación de escuelas primarias y secundarias en Seattle.[54] En *Reitman v. Mulkey*, la Corte Suprema invalidó una enmienda a la constitución de California que protegía el derecho de los propietarios de vender sus propiedades a quien quisieran, impidiendo así la promulgación de una ley de vivienda justa por la legislatura de California. En *Hunter v. Erickson*, el estatuto de la ciudad de Akron, Ohio, había sido enmendado para exigir que cualquier ordenanza que prohibiera la discriminación racial en la vivienda tuviera que ser aprobada por un referéndum antes de que pudiera entrar en vigor; la Corte consideró que este requisito especial era una negación de igualdad de protección. En el caso de Seattle de 1982, la Corte Suprema dejó sin efecto una iniciativa estatal que prohibía los autobuses que hubieren sido o podrían ser contratados por las juntas escolares locales con el fin de lograr la desagregación escolar.

Una lectura de esa situación nos permitiría entender que los cambios en los procesos políticos condenados en estos tres casos podrían caracterizarse en que limitan el poder político de una minoría racial, lo que hace que sea más difícil para los afrodescendientes obtener leyes o acciones gubernamentales *que «redunden principalmente en beneficio de la minoría.»*[55] Kennedy se negó a aceptar la doctrina del proceso político en esos términos, y con razón. Dicha teoría supone que una minoría tiene una opinión sobre las leyes de vivienda justa o las directivas de transporte y, lo que es más importante, trata erróneamente tales medidas como nada más que el producto de la política de los grupos de interés. Estas medidas benefician a toda la sociedad.

Reexaminando esa situación, Kennedy entendió la doctrina del proceso político en general, y los tres casos que él trató como la fuente de esa doctrina, como la encarnación de una visión de igual protección que prohíbe cambios en los procesos políticos que tendrían el efecto de obstaculizar o impedir la promulgación o aprobación de medidas diseñadas para proteger contra violaciones raciales específicas. El referéndum en California y el cambio de estatuto en *Akron* fueron vistos como una negación de la igualdad de protección porque estas medidas, adoptadas al fragor de la batalla, hicieron más difícil la promulgación de leyes de vivienda justa; y la iniciativa de Washington

52. *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967).
53. *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969).
54. *Washington v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 458 U.S. 457 (1982).
55. *Seattle*, 458 U.S., 472.

contra el transporte en autobús fue rechazada porque esa medida, una respuesta a la acción de la junta escolar de Seattle, hizo que fuera más difícil para los distritos escolares locales lograr la desegregación escolar.

Es posible caracterizar el efecto o consecuencia del referéndum de Michigan en términos similares. El cambio que tuvo lugar en el proceso político –tomando la autoridad para instituir un trato preferencial basado en la raza de los fideicomisarios elegidos de las universidades dentro del estado y conferirlo al organismo capaz de enmendar la constitución del estado (una mayoría del electorado estatal completo)– impusieron un daño racialmente específico al hacer más difícil para las universidades estatales adoptar o instituir programas de acción afirmativa. En *Hunter v. Erickson* y *Reitman v. Mulkey*, los cambios en el proceso político en cuestión obstaculizaron la promulgación de leyes que prohibían la discriminación racial en la vivienda. Por supuesto, el referéndum de Michigan puede parecer bastante diferente porque prohíbe las preferencias basadas en la raza. Sin embargo, esas preferencias no deben verse como un esfuerzo para obtener los beneficios educativos que fluyen de un cuerpo estudiantil diverso, sino, como el principio de *Griggs*, para erradicar la subordinación de los afroamericanos que está enraizada en la historia de la esclavitud y en las leyes Jim Crow. Las leyes de vivienda justa sirven para este mismo propósito. No son instrumentos para promover la libertad de los afroamericanos como consumidores, sino para poner fin a la segregación residencial o asignación automática al gueto, que durante mucho tiempo alimentó y perpetuó su subordinación.

El caso de Seattle de 1982 es aún más claro. La prohibición de transporte impuesta por la iniciativa estatal en cuestión en ese caso negó a las juntas escolares locales la libertad de apartarse de las asignaciones escolares del vecindario de la manera que la junta consideró necesario integrar las escuelas. Aquí, la integración se entendía como un medio para proporcionar a los niños afrodescendientes oportunidades educativas iguales –un primer paso indispensable, al igual que las preferencias basadas en la raza en la educación superior, para terminar con la subordinación racial. Aunque Kennedy intentó distinguir la decisión de Seattle de 1982 sobre la base de una distinción *de facto* (de hecho) y *de iure* (de derecho), esto se hizo más difícil por su concurrencia en la decisión de 2007 en *Parents Involved*. En ese caso, Kennedy trató la segregación que la junta escolar local trató de corregir *de facto* en lugar *de iure*, lo que significa que no fue producto de la discriminación racial del Estado. Sin embargo, en el caso del referéndum de Michigan, que se transmitió siete años después, estaba dispuesto a asumir –aunque no decidió– que la segregación escolar en Seattle había sido *de iure* (bajo el supuesto de que en el pasado había una transferencia de carreras basada en la raza –los blancos podrían transferirse de las escuelas negras y los afrodescendientes podrían transferirse de las escuelas blancas). Aún reconociendo esta suposición, la decisión de Seattle de 1982 todavía parecería controvertida, ya que esa decisión consideraba que la igualdad de protección prohíbe cambios en el proceso político que dificulten, como lo hizo el

referéndum de Michigan, instituir medidas para corregir o remediar, la discriminación pasada o sus consecuencias y, de ese modo, crear violaciones racialmente específicas.[56]

El juez Scalia, acompañado por el juez Clarence Thomas, estuvo de acuerdo en la sentencia dictada en el caso de Michigan, aunque habrían revocado la doctrina del proceso político por completo y descartado cualquier precedente sobre el cual descansó. Culparon a Kennedy por seguir estos precedentes y por ver los efectos o consecuencias de los cambios en el proceso político, que consideraron como una traición de *Washington v. Davis*. Con un desarrollo retórico familiar, el juez Scalia comenzó su opinión diciendo que estaba desconcertado: ¿cómo podría incluso haber una duda sobre la constitucionalidad de la enmienda de Michigan, ya que solo decretaba lo que la misma Cláusula de Igualdad de Protección ordenaba? Como él lo expresó, *«¿Acaso la Cláusula de Igualdad Protección de la Decimocuarta Enmienda* prohíbe *lo que su texto* claramente *requiere?»*[57] El desconcierto de Scalia se funda desde una perspectiva que realmente menosprecia el texto de la Cláusula de Igualdad de Protección y lo reduce a una prohibición en el uso de clasificaciones raciales (y, como vimos en su concurrencia en *Ricci*, una prohibición del *consciousness of race*). En verdad, sin embargo, la Cláusula de Igualdad de Protección nunca ha sido tan limitada. Más bien, debe entenderse que prohíbe cualquier medida estatal que tenga el efecto inevitable de perpetuar la subordinación de los afroamericanos y el sistema de castas del que se deriva. Las leyes de Jim Crow fueron una, pero solo una, instancia de tal medida.

La jueza Sonia Sotomayor, junto a la jueza Ginsburg, disintió. La mayor parte de su disenso se dedica a una insistencia conmovedora de que *«la raza importa»*. En estos pasajes, se acerca a colocar la lógica de la diversidad a un lado y poner el tratamiento preferencial prohibido por el referéndum de Michigan sobre una base adecuada –como un remedio para la casta. Pero se detiene en seco y niega que sus observaciones más amplias sobre la raza tengan algún significado legal o, como lo expresó, *«que las virtudes de adoptar políticas sensibles a la raza deben informar la cuestión ante la Corte»*.[58] Este extraño giro en su opinión se originó por el hecho de que estaba trabajando dentro de una versión de la doctrina del proceso político que hacía que los propósitos de la acción afirmativa (o como los describe, *«políticas de admisión racialmente sensibles»*) fueran casi irrelevantes. Según su punto de vista, la doctrina del proceso político se viola cuando cualquier cambio en dicho proceso perjudica u obstaculiza la capacidad de las minorías para aprobar una medida *que «redunda principalmente en su beneficio»* –una visión de la doctrina del proceso político que Kennedy rechazó adecuadamente.

El juez Stephen Breyer estuvo más cerca de comprender la importancia de quitar de las manos de los fideicomisarios universitarios elegidos, el poder de decidir sobre la

56. El Juez Kennedy se acerca a este problema en esta premisa: «Los votantes podrían también considerar, luego de debatir y reflexionar, que los programas diseñados para aumentar la diversidad –en congruencia con la Constitución– son una parte necesaria del progreso para trascender el estigma del racismo pasado.» *BAMN*, 134 S. Ct. en 1638.

57. *Idem* en 1639 (Scalia, J., concurrente de la sentencia).

58. *Idem* en 1683 (Sotomayor, J., disidente).

implementación de un trato preferencial basado en la raza y ubicarlo en la Constitución estatal. Sin embargo Breyer se unió a la sentencia de la Corte.[59] Al comienzo de su opinión concurrente, Breyer enfatizó que la sentencia de la Corte y la opinión de Kennedy no abordaban la situación en la que las preferencias basadas en la raza podrían verse como un remedio para *«el pasado discriminatorio racial excluyente o los efectos directos de esa discriminación.»*[60] Reconoció que si se presentara este problema, podría garantizarse otro resultado, pero luego insistió en que este problema, de hecho, no estaba ante la Corte.

La postura evasiva de Breyer y, por lo tanto, su disposición a concurrir en la sentencia de la Corte parece extraña. Casi toda la academia legal,[61] y muchos de los que están en el banquillo, tal vez incluido el propio Breyer, entienden la diversidad como un código para la integración racial, que, en el contexto de la educación superior, adquiere su atractivo como estrategia, no para enriquecer la discusión en el aula, pero para poner fin a la subordinación de los afroamericanos. En su concurrencia, Breyer insistió en que la *«única»* –sus palabras– justificación de las preferencias basadas en la raza en cuestión en el caso de Michigan son los beneficios educativos de un cuerpo estudiantil diverso.[62] Al decir esto, señaló a *Grutter v. Bollinger*, pero, al hacerlo, parece haber confundido los fundamentos sobre los cuales la mayoría de los jueces permitieron la política y los fundamentos sobre los cuales esa política fue instituida y defendida por la universidad y su consejo de administración. En su disidencia en *Parents Involved*, Breyer abordó la inquietud de Kennedy al usar las clasificaciones raciales como parte de un programa para lograr la integración escolar y luego dijo que cualquier costo que pudiera conllevar tal práctica se vería eclipsado por *«los terribles daños de la esclavitud, el sistema de castas y, como consecuencia de este, 80 años de segregación racial legal.»*[63]

La falta de protección de la Corte contra la desventaja acumulativa no se ha limitado al ámbito constitucional y, por lo tanto, no puede atribuirse únicamente a su decisión en *Washington v. Davis*. En ocasiones, el Tribunal ha tropezado incluso cuando ha entrado en el dominio gobernado por *Griggs*: el Título VII y el empleo. El ejemplo más notable ocurrió en 1979, en *New York City Transit Authority v. Beazer*,[64] donde los demandantes impugnaron una política que negaba el empleo a cualquier persona inscrita en un programa de mantenimiento con metadona. A estas personas se les prohibió todo tipo de trabajos, desde lavar autobuses hasta conducirlos, y la importancia racial de esta exclu-

59. Dado que la Juez Elena Kagan no participó en las diligencias ante la Corte, el caso se resolvió 6-2.
60. *BAMN* 134 S. Ct. En 1649 (Breyer, J., concurrente en sentencia).
61. *Vid. p. ej.,* Bell, 2003; Diver, 2004.
62. *BAMN*, 134 S. Ct. En 1649. Al tratar los beneficios educativos de un alumnado diverso como la única justificación de la acción afirmativa, se ignora la justificación formulada en términos de legitimación de la institución al demostrar visiblemente que el liderazgo de estas organizaciones estaba abierto a todos. Muchos piensan que esta justificación de la legitimidad es la única justificación de la expectativa expresada en la opinión de la Corte de que las preferencias basadas en la raza desaparecerán en veinticinco años. *Véase, p. ej*., Amar & Caminker, 2003.
63. *Parents Involved in Cmty. Schs. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 876 (2007) (Breyer, J., disidente)
64. 440 U.S. 568 (1979)

sión general fue manifiesta. Aproximadamente el 63 por ciento de los pacientes en las clínicas de metadona en la ciudad en ese momento eran afrodescendientes o hispanos, aunque, según el censo en aquel momento, solo el 20 por ciento de la población en edad laboral de Nueva York pertenecía a uno de estos dos grupos.

El juez John Paul Stevens escribió la opinión mayoritaria en este caso. Había sido nombrado a la Corte Suprema en 1975 por el presidente Ford para reemplaza a uno de los motores de la Segunda Reconstrucción, William O. Douglas, y la diferencia de perspectiva entre los dos era inconfundible. Stevens comenzó tratando de hacer agujeros en los esfuerzos de los demandantes para mostrar un impacto dispar atribuible a las políticas de la Autoridad de Tránsito. Sin embargo, la inferencia del impacto dispar requerido parecía convincente. Como explicó el juez Byron White en su disidencia, surgió, primero, del hecho de que, aunque el 20 por ciento de la población en edad laboral era afroamericana o hispana, el 63 por ciento de los pacientes en las clínicas de metadona eran miembros de estos grupos raciales o étnicos; y segundo, por la ausencia de cualquier hipótesis plausible para explicar por qué los afroamericanos y los hispanos, salvo por la política de la Autoridad de Tránsito, no buscarían o calificarían para trabajar en esta en proporción a sus números en la fuerza laboral.

En respuesta, Stevens tenía poco que decir, solo objeciones. En un momento, se opuso a la cifra del 63 por ciento, insistiendo en que era demasiado alta porque no incluía un desglose de la composición racial de los pacientes en clínicas privadas en comparación con las financiadas públicamente. White señaló la evidencia en el registro que indica que Stevens estaba equivocado y que el 63 por ciento incluía todas las clínicas de metadona en la ciudad, tanto públicas como privadas. White también insistió en que, si Stevens tenía alguna duda sobre este puntaje, o sobre cualquier otra faceta de la prueba de los demandantes del impacto dispar requerido, la respuesta adecuada sería una devolución. Al decir esto, White se opuso a la afirmación de Stevens de que los demandantes no habían logrado mostrar el impacto dispar requerido, y aún más, al lado extraño y un tanto condescendiente de Stevens de que *«en el mejor de los casos»* la prueba de los demandantes de impacto dispar era *«débil»*.[65]

Bajo *Griggs*, una vez que el demandante prueba un impacto dispar, el acusado debe demostrar que la norma impugnada contra los usuarios de metadona es una medida razonable del desempeño laboral. Esto parece una carga que la Autoridad de Tránsito no hubiera podido, con toda probabilidad, haber soportado, ya que reconoció que la exclusión general se había instituido sin un estudio significativo de su relación con el desempeño laboral. Sin embargo, Stevens era de otra opinión y concluyó erróneamente que la regla que excluía a los usuarios de metadona de los puestos de seguridad –solo el 25 por ciento de la fuerza laboral de la Autoridad de Tránsito– podría justificar la exclusión general de los usuarios de metadona de todos los puestos de la Autoridad.

Tal vez sintiendo la falla en este razonamiento, Stevens agregó rápidamente: *«El hallazgo expreso del Tribunal de Distrito de que la regla no fue motivada por animadversión*

65. *Idem* en 587.

racial excluye cualquier reclamo en refutación de que era simplemente un pretexto para la discriminación intencional.»[66] Ello refleja, sin embargo, una confusión de impacto dispar con trato dispar y un malentendido del principio de *Griggs*, que hace que el impacto por sí solo sea una base suficiente para invalidar las barreras al empleo una vez que el empleador no demuestra que el requisito está relacionado con el desempeño laboral.

Para agravar este error, Stevens no permitió que los demandantes mostraran, como lo exige el principio de *Griggs*, que había métodos alternativos para seleccionar empleados que pudieran satisfacer los intereses válidos de la Autoridad de Tránsito en materia de seguridad y reducir el impacto dispar. En este caso, el método de selección alternativo habría sido los procedimientos normalmente aplicados por la Autoridad para elegir empleados. Al considerar a los solicitantes, la Autoridad habría sido libre de negarse a contratar personas para puestos sensibles a la seguridad por el hecho de que estaban utilizando o usando metadona. Sin embargo, lo que la Autoridad no puede hacer es aplicar una exclusión en todos los ámbitos o general de los usuarios de metadona y negarles la elegibilidad para cualquier puesto en el sistema de tránsito.

Dichos procedimientos individualizados pueden fallar y dar lugar a una situación en la que, por ejemplo, la Autoridad contrata por error a una persona con metadona para conducir un autobús. Pero como el juez White enfatizó en su disidencia, tal decisión equivocada de elección de personal puede ocurrir bajo los procedimientos de selección ordinarios cuando, por ejemplo, la Autoridad coloca a alguien con enfermedad mental o adicción al alcohol al volante. Los miembros de esos grupos, a diferencia de las personas inscritas en un programa de mantenimiento con metadona, no están sujetos a una exclusión general de ningún trabajo en el sistema, incluidos el mantenimiento y la limpieza. Aplicado de manera justa, el principio de *Griggs* no garantiza que aquellos que usan metadona serán contratados para cualquier puesto que deseen, sino solo que esas personas serán consideradas plenamente para el empleo en la amplia gama de puestos que no son sensibles a la seguridad. Tal cambio en las políticas de personal de la Autoridad de Tránsito haría una enorme contribución para igualar las oportunidades de empleo para los afrodescendientes e hispanos que se encuentran realmente en desventaja y que, sin embargo, habían resuelto poner fin a su adicción a la heroína al participar en un programa de metadona.

Es cierto que la dinámica social que produce el número desproporcionado de afrodescendientes e hispanos con metadona se describe con menos facilidad que la dinámica social - las escuelas de Jim Crow - responsables del impacto dispar en *Griggs* y, antes de eso, en el *Gaston County*.[67] Pero, como lo indican las aplicaciones más recientes del principio de *Griggs* en *Ricci* e *Inclusive Communities* –la primera fue presentada en 2009,

66. Posiblemente, esta afirmación pretendía frustrar una igualdad de protección en lugar de unos reclamos por impacto dispar bajo el Título VII.

67. Es especialmente notable que en *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 347 (1977), casi contemporáneo de *Beazer*, la Corte Suprema aplicó la doctrina de impacto dispar para dejar de lado los estándares de altura y peso que desproporcionadamente desfavorecían a las mujeres que buscaban trabajo como guardias de prisión. No hubo ninguna sugerencia en la opinión de la Corte de que el demandante muestre que la discriminación

la otra en 2015– la teoría de la responsabilidad acumulativa no está tan limitada. Se extiende a situaciones en las que la dinámica causal del impacto dispar es compleja y difusa, aunque todavía está críticamente ligada a las desventajas que los afroamericanos han sufrido y continúan sufriendo en la sociedad estadounidense.

Estas dinámicas fueron identificadas en un informe, emitido en febrero de 1968, por una comisión nombrada por el presidente Lyndon Johnson y presidida por el ex gobernador de Illinois, Otto Kerner, para estudiar los disturbios en los barrios afroamericanos que habían llegado a varias ciudades de los Estados Unidos, incluyendo el disturbio mortal y destructivo que estalló en Detroit en julio de 1967. El informe señalaba las múltiples formas en que la *«segregación y la pobreza han creado en el gueto racial un ambiente destructivo totalmente desconocido para la mayoría de los estadounidenses blancos»,* y agregó: *«Lo que los estadounidenses blancos nunca han entendido completamente - pero lo que el afroamericano nunca puede olvidar –es que la sociedad blanca está profundamente implicada en el gueto. Las instituciones blancas lo crearon, las instituciones blancas lo mantienen y la sociedad blanca lo aprueba»*[68]. Casi cincuenta años después, el juez Kennedy nos recordó el informe de la Comisión Kerner, comenzando y concluyendo su opinión en *Inclusive Communities* invocando la advertencia grave de ese informe: *«Nuestra nación se está moviendo hacia dos sociedades, una negra y otra blanca, separadas y desiguales»*[69]. Kennedy entendió la situación de Estados Unidos de una manera que eludió a Stevens y los otros jueces que se unieron a la opinión de este en *Beazer*.

EL CAMINO HACIA ADELANTE

En los cincuenta años transcurridos desde la publicación del informe de la Comisión Kerner, en Estados Unidos hemos avanzado mucho en el desmantelamiento de la estructura racial de castas que ha sido nuestra maldición durante mucho tiempo. Las políticas puestas en marcha por la Segunda Reconstrucción han creado una clase media cuyos miembros disfrutan de los privilegios y riquezas de la nación y honran sus normas y aspiraciones básicas. La manifestación más vívida de este logro se puede encontrar en la elección de Barack Obama, un hombre afrodescendiente, como presidente de los Estados Unidos, un evento histórico mundial extraordinario para una nación que comenzó su historia como una sociedad de esclavos.

Sin embargo, no debemos olvidar que una parte importante de la comunidad afroamericana, definida tanto por clase como por raza, se ha quedado atrás y que este grupo, a veces denominado la clase marginal negra, continúa llevando la carga

sexual u otras injusticias sociales eran parte de la dinámica causal que condujo al impacto dispar –el hecho de que el 41 por ciento de todas las mujeres en la nación no cumplieron con los estándares de estatura y peso.

68. National Advisory Commission on Civil Disorder. Al completarse, el informe de la Comisión era controversial, tanto que el Presidente Johnson se reusó a aceptarlo. *Vid.* Gillon, 2018.

69. *Dep't of Hous. & Cmty. Affairs v. Inclusive Cmtys. Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507, 2516, 2525 (2015) (citando a la Comisión Nacional de Asesoría de Desórdenes Civiles, nota *supra* 68, en 1).

de nuestro pasado. Sus miembros encuentran oportunidades educativas inadecuadas y tasas de desempleo sorprendentemente altas. Permanecen aislados en los guetos del centro de la ciudad y a menudo se ven privados de servicios públicos esenciales y están sujetos a niveles de violencia casi inimaginables a manos de la policía y las pandillas. Quizás ya no sea cierto, como proclamó la Comisión Kerner, que nos estamos moviendo hacia dos sociedades, una blanca y otra negra, separadas y desiguales. Gran parte de la sociedad blanca ha sido integrada por aquellos afroamericanos que han avanzado a la clase media, pero otra comunidad afroamericana –no solo negra sino también pobre– persiste y permanece separada y extremadamente en desventaja. La vida de los miembros de este grupo es dura, a veces brutal, y las injusticias que sufren afectan el destino de todos los afroamericanos.

> En los últimos años nos hemos vuelto cada vez más conscientes de la difícil situación de la clase marginal afroamericana. El asesinato de jóvenes en el gueto por parte de la policía se transmitió por televisión y se convirtió en objeto de protestas públicas generalizadas. Ha dado lugar a un movimiento social que proclama: «*Black Lives Matter*» («*Las Vidas Negras Importan*»).[70] También hemos llegado a comprender completamente las consecuencias del «*encarcelamiento masivo*» –el porcentaje sorprendentemente alto de hombres afrodescendientes que han estado y continuarán estando gran parte de sus vidas en prisión.[71] Sus vidas son puestas en espera mientras están encarcelados. Al ser liberados, a algunos se les puede prohibir votar y todos enfrentarán enormes dificultades para encontrar trabajo. El encarcelamiento masivo también tiene consecuencias desafortunadas para las familias y comunidades, particularmente las esposas o parejas y sus hijos, quienes deben enfrentar la vida en el gueto por su cuenta. Para agravar estas dificultades, los afroamericanos, particularmente aquellos que son pobres, han encontrado nuevas oleadas de privación de derechos en jurisdicciones tan diversas como Texas, Indiana, Carolina del Norte y ahora Ohio.[72]

Estos acontecimientos han provocado un nuevo despertar racial en los Estados Unidos: una creciente conciencia de las dimensiones trágicas de la subordinación racial que aún persiste. Este despertar ha sido alimentado por la presidencia de Obama, en gran parte por su propio ser y la forma digna en que desempeñó los deberes de su cargo. Su inclinación era lanzar los programas de reforma que patrocinó en términos de clase en lugar de raza, pero, de hecho, pronunció varios discursos memorables sobre la raza. Uno de esos discursos se pronunció durante la campaña de 2008 en respuesta a los ataques contra él por el radicalismo de su líder religioso;[73] otro luego del asesinato de Trayvon Martin, un adolescente afroamericano desarmado asesinado por un hombre blanco que actuó bajo una ley de Florida que le permitió «*defender su territorio*».[74] En este llamado a la justicia, Obama no ha estado solo. Muchos de los que hoy ocupan puestos de gran privilegio y poder en la sociedad estadounidense, en algunos casos gracias a las políticas

70. *Vid.* Lebron, 2017.
71. Alexander, 2010.
72. *Vid.* Tokaji, 2006.
73. Obama, 2008.
74. Obama, 2013.

de la Segunda Reconstrucción, también han hablado de las dificultades y necesidades de la clase marginal afrodescendiente.

Los afroamericanos no son los únicos que ahora buscan la igualdad de justicia. Hoy enfrentamos demandas de igualdad de un sinfín de grupos desfavorecidos, incluidos aquellos definidos por género, estatus migratorio, criterios económicos, discapacidades físicas y mentales o creencias religiosas. Debemos atender estos reclamos. Pero como Goodwin Liu acertadamente insiste,[75] sería muy desafortunado si nuestro reconocimiento de la multitud de reclamos de justicia equitativa que ahora se presionan nos cegara a aquellos que están siendo avanzado por la comunidad afroamericana o de alguna manera nos impidiera apreciar la urgencia de estas afirmaciones.

La urgencia especial del reclamo de justicia racial proviene de la gravedad de las dificultades que sufren los miembros de la clase marginada negra en este momento. Se encuentran entre los más desfavorecidos. La urgencia de sus reclamos también se deriva del papel fundamental que la raza ha jugado en la epopeya que es América –la esclavitud en la fundación, la división y el compromiso durante las décadas de 1840 y 1850, una sangrienta Guerra Civil, un programa de reconstrucción abandonado después de poco más de una década, seguido de un siglo de Jim Crow, y luego, gracias a Dios, otro intento, en la segunda mitad del siglo xx, de reconstrucción. Este registro de progreso –e insisto en que es progreso– jugó un papel crucial en la configuración de la identidad de los Estados Unidos durante los últimos dos siglos; y en los años venideros la nación será juzgada por su capacidad de renovar y extender este proceso de reconstrucción. Otros grupos desfavorecidos, como cuestión puramente histórica, se han beneficiado de la doctrina legal y los entendimientos sociales que fueron forjados por la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos, incluida la teoría de la responsabilidad acumulativa, y tengo todas las expectativas de que este proceso de aprendizaje de la experiencia de los derechos civiles continuará en los años venideros.

El reto que los Estados Unidos enfrenta ahora es convertir este nuevo despertar del que he hablado en un programa de reforma positivo y efectivo dedicado a la erradicación de la subordinación racial que persiste –¿una Tercera Reconstrucción?– Tal esfuerzo requerirá la movilización masiva de ciudadanos comunes y el surgimiento de un movimiento social que sea capaz de apelar tanto a la conciencia de los políticos como a su deseo de autoconservación. También requerirá el respaldo, tal vez incluso el liderazgo, del organismo judicial, ya que, por lo que hemos aprendido durante la era de los derechos civiles que comenzó con *Brown*, es difícil, tal vez imposible, efectuar una profunda reforma estructural de la sociedad estadounidense sin presentar esos cambios como un requisito de justicia, respaldado por el compromiso del país con el Estado de Derecho.

Por supuesto, los nombramientos judiciales del presidente Trump y su administración probablemente no sean receptivos a los reclamos de justicia racial, ni sensibles a las demandas de igualdad de protección. Sin embargo, debemos tener una visión a

75. Liu, 2018.

largo plazo: no pensar en lo que sucederá mañana, sino en lo que sucederá en los próximos cinco años o la próxima década, a medida que el despertar racial, se profundice y madure. También debemos recordar que ningún presidente escribe en una pizarra limpia. Las oportunidades de nombramiento para el banquillo federal, especialmente para la Corte Suprema, son limitadas y, en cualquier caso, deben ser aceptables para el Senado, un tercio de cuyos miembros están disponibles para las elecciones cada dos años. También podemos encontrar orientación en la trayectoria de Anthony Kennedy.

Kennedy fue nombrado a la corte por Ronald Reagan, un republicano incondicional. Sirvió durante unos treinta años y hacia el final de su mandato trazó un curso para sí mismo sobre temas de justicia racial que debieron sorprender y decepcionar a muchos de sus patrocinadores. Mantuvo las políticas de acción afirmativa de la Universidad de Texas; reconoció la urgencia de terminar con el aislamiento racial en las escuelas públicas y, en el contexto de la evaluación de los programas de desegregación escolar de Seattle y Louisville, afirmó el derecho de los consejos escolares locales a lograr la integración a través de la selección estratégica de sitios o la zonificación geográfica; y, especialmente relevante para nuestros propósitos, respaldó el principio de *Griggs* en el contexto laboral en *Ricci* y lo amplió hacia la vivienda en *Inclusive Communities*. Al leer estas opiniones suyas y contrastarlas con sus anteriores,[76] no consigo dejar de preguntarme si Kennedy está entre los que se han sentido conmovidos por el despertar racial que forma parte del tejido de la vida estadounidense en estos días. En 2016, hablando en general, Kennedy reconoció: *«Reevaluar tus premisas no es una señal de debilidad de tu filosofía judicial. Es una señal de fidelidad a tu juramento judicial.»*[77]

Al diseñar el tan necesario programa de reformas que imagino, el poder judicial no necesita comenzar de nuevo. Puede basarse en los logros de la Segunda Reconstrucción, sobre todo en el principio de *Griggs*, que gracias a *Ricci* e *Inclusive Communities* es ahora una parte integral de la ley estadounidense. Aunque debemos tener cuidado con las fallas de aplicación, como lo demuestra la opinión del juez Stevens en el caso *Beazer*, todavía hay un trabajo considerable que la doctrina de impacto dispar puede hacer. Puede forzar una reevaluación de las barreras para el empleo, como las reglas contra la contratación de personas con antecedentes penales que sobrecargan especialmente a la clase marginal afrodescendiente. Además, la doctrina del impacto dispar vista como una regla con rango de ley basada en la Sección 2 de la Ley de Derechos de Voto de 1965 (enmendada en 1982), puede dar nueva vida al desafío contra las leyes de privación de libertad de delincuentes y puede convertirse en la base para atacar nuevos límites sobre el derecho al voto, como las leyes que requieren un Carné de Identificación con fotografía. El impacto dispar causado por tales medidas, especialmente en aquellos que están marcados por raza y clase, es manifiesto.[78] El principio de *Griggs* también se puede

76. *Vid., p. ej. Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547, 631-38 (1990), (Kennedy, J., disidente de un fallo que confirmó la política de FCC de dar preferencia en la concesión de licencias de transmisión a empresas propiedad de minorías.)

77. Sherman, 2016.

78. *Véase* Stephanopoulos, 2019; Hopkins, 2017; Tokaji, 2015.

usar para desafiar las barreras a la movilidad geográfica, como las que representan los requisitos mínimos de lote y las prohibiciones de alquiler de viviendas que limitan las oportunidades de los residentes del centro de la ciudad para mudarse a comunidades suburbanas y así escapar de las dificultades de la vida en el gueto. Para erradicar los remanentes de la casta, debemos aprender a utilizar la doctrina de impacto dispar con fuerza y eficacia.

Sin embargo, eso no es suficiente. Debemos ir más allá del alcance actual del principio de *Griggs* y llegar a otras esferas de acción social, como la educación pública y tal vez incluso las prácticas policiales que, gracias a *Washington v. Davis*, no parecen estar cubiertas por la doctrina de impacto dispar. Sería una tontería, lo admito, esperar que la decisión *Washington v. Davis* sea revocada en el corto plazo, pero no estamos sin recursos. Una estrategia permitiría al poder judicial hacer alusión al requisito del mandato legislativo de *Washington v. Davis*, pero luego, construir ese mandato desde cero, como hizo Kennedy en *Inclusive Communities*, donde, preocupado por *«la profecía sombría»* del informe de la Comisión Kerner, él extendió la responsabilidad de impacto dispar a la vivienda.

Otra estrategia sería ignorar por completo a *Washington v. Davis* y recurrir a la Constitución para otorgar autoridad a la muy necesaria reforma. En este caso, sería inevitable confiar en el principio de *Griggs* como una doctrina legal formal. Pero el poder judicial podría utilizar dos de las ideas clave que habían servido como bloques de construcción de la doctrina de impacto dispar en el esfuerzo por forjar la igualdad de protección en un instrumento efectivo de justicia racial.

Una de esas ideas consiste en centrarse en los efectos más que en el propósito. El impacto dispar del tipo proscrito por el principio de *Griggs* es un efecto o consecuencia, pero no es el único tipo de efecto o consecuencia del que el poder judicial podría tener conocimiento –hay otros. Estos también se pueden excluir una vez que se entiende que la igualdad de protección prohíbe cualquier práctica estatal que sistemáticamente perjudique a los Afroamericanos y, por lo tanto, perpetúe su subordinación y el sistema de castas raciales.

En el curso de la degradación del principio de *Griggs* de una norma constitucional a una norma meramente legislativa, la Corte restringió la igualdad de protección de una manera que hizo necesario un propósito o intento ilícito para una evidenciar una violación. En 1980, la mayoría de los jueces en el caso de *Mobile* extendió esta visión de igual protección a la Decimoquinta Enmienda. Sin embargo, en poco tiempo, el Congreso respondió decisivamente a este fallo y modificó la Sección 2 de la Ley de Derechos de Voto de 1965 para prohibir las prácticas que tenían el propósito o el efecto de privar a los afrodescendientes del derecho al voto. En la Ley de Estadounidenses con Discapacidades de 1990, un precursor esencial de la Ley de Derechos Civiles de 1991, y la codificación de la doctrina de impacto dispar, el Congreso exigió a las empresas y agencias públicas, que hicieran adaptaciones razonables para personas con discapacidad y para eliminar prácticas excluyentes (como no tener rampas), que podrían haber sido

motivados por un deseo de minimizar los gastos, pero que tenían el efecto de perjudicar a los discapacitados.

Las luchas que produjeron estas medidas, subrayadas por Reva Siegel,[79] no se han limitado a los pasillos del Congreso; también se han extendido a las deliberaciones de la Corte Suprema. En la decisión de 1982 de *Plyler v. Doe*, dictaminadas seis años después de *Washington v. Davis*, y solo dos años después de la decisión de *Mobile*, el juez William Brennan se centró en los efectos de una ley de Texas que negaba la educación pública a niños que no estaban legalmente en los Estados Unidos. Brennan dejó a un lado cualquier consulta sobre el propósito, la motivación o la intención de la ley, y aun así lo condenó como una violación de la igualdad de protección porque temía que el estatuto tuviera el efecto o la consecuencia de crear un nuevo tipo de subclase - *«una subclase de analfabetos»*.[80]

Una segunda idea que sirvió como base para la doctrina del impacto dispar es la *teoría de la responsabilidad acumulativa*. Esa teoría reconoce el carácter interseccional de la vida social y requiere que el poder judicial haga a un lado cualquier política que traspase de un ámbito a otro las desventajas infligidas a los afroamericanos, siempre que existan alternativas adecuadas para lograr los fines legítimos a los que sirve esa política. Aunque la teoría de la responsabilidad acumulativa originalmente dio lugar a la doctrina de impacto dispar y ha permitido su continua vigencia, no hay razón alguna para limitar su alcance a esa doctrina.

También debemos recordar que *Washington v. Davis*, la decisión que negaba el estatus constitucional de reclamos de impacto dispar, no fue más que un artilugio y así es como debe interpretarse –de manera limitada. No debe leerse como una declaración final e integral sobre los términos de la justicia racial en la ley estadounidense.[81] No, debemos liberar la teoría de la desventaja acumulativa del alcance de *Washington v. Davis* y entender que esta teoría y el principio al cual dio lugar no son creaciones legislativas, sino naturalmente constitucionales. Se basan en una comprensión adecuada de lo que se necesita para poner fin a la casta, y para cumplir la visión de la sociedad estadounidense reivindicada por la Guerra Civil e inscrita en la Constitución por las enmiendas que la guerra había creado.

79. Siegel, 2018.

80. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 230 (1982).

81. El juez White, el autor de la opinión mayoritaria, no entendió *Washington v. Davis* en términos tan amplios. Su decisión parece haber sido motivada principalmente por el temor a la amplitud potencial de reclamos de impacto dispar bajo la igualdad de protección –¿Acaso le preocupaba en voz alta, que tal aplicación universal de la doctrina del impacto dispar requiriera que se derogara un impuesto a las ventas debido a su impacto dispar en los pobres? White, también debe señalarse, disintió en *Beazer* y en la decisión de la escuela metropolitana de Detroit y objetó enérgicamente la decisión de 1980 en *Mobile v. Bolden*, que había ampliado a *Washington v. Davis* de la Cláusula de Igualdad de Protección de la Decimocuarta Enmienda a la Decimoquinta Enmienda.

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, M., 2010: *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New York: The New Press.

Amar, V.D. & Caminker, E., 2003: «Constitutional Sunsetting: Justice O'Connor's Closing Comments in *Grutter*», *Hastings Constitutional Law Quarterly,* 30: 541.

Bell, D., 2003: «Diversity's Distractions», *Columbia Law Review,* 103: 1622.

Chetty, R., Hendren N., y Katz, L., 2016: «The Effects of Exposure to Better Neighborhoods on Children: New Evidence from the Moving to Opportunity Experiment», *American Economic Review* 106, 4: 855-902.

Diver, C.S., 2004: «From Equality to Diversity: The Detour from *Brown* to *Grutter*», *University of Illinois Law Review,* 691-722.

Eskridge, W. N. Jr., 1991: «Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game», *California Law Review*, 79: 613.

Fiss, O., 1976: «Groups and the Equal Protection Clause», *Philosophy and Public Affairs*, 5: 107.

Fiss, O., 2003: *A Way Out / America's Ghettos and the Legacy of Racism*, Princeton: Princeton University Press.

Fiss, O., 2004: «Another Equality», *Issues in Legal Scholarship*, 2, 1 (*The Origins and Fate of Antisubordination Theory*): 20.

Fiss, O.M. (1997). Affirmative Action as a Strategy of Justice. *Philosophy and Public Policy Quarterly,* 17: 37.

Gillon, S.M, 2018: *Separate and Unequal: The Kerner Commission and the Unraveling of American Liberalism*, New York: Basic Books.

Hopkins, D., Meredith, M., Morse, M., Smith, S. & Yoder, J., 2017: «Voting But for the Law: Evidence from Virginia on Photo Identification Requirements», *Journal of Empirical Legal Studies,* 14: 79.

Kalman, L., 2017: *The Long Reach of the Sixties: LBJ, Nixon, and the Making of the Contemporary Supreme Court*, Oxford: Oxford University Press.

Lebron, C., 2017: *The Making of Black Lives Matter: A Brief History of an Idea*, Oxford: Oxford University Press.

Liu, G., 2018: «Racial Justice in the Age of Diversity», *California Law Review,* 106: 1977.

National Advisory Commission on Civil Disorder, 1968: *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorder*.

Obama, B., 2008: «A More Perfect Union», discurso pronunciado el 18 marzo, disponible en https://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=88478467.

Obama, B., 2013: «Remarks on Trayvon Martin at White House Briefing Room», discurso pronunciado el 13 julio, disponible en https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/07/19/remarks-president-trayvon-martin.

Orfield, M., 2015: «*Milliken*, *Meredith*, and Metropolitan Segregation», *UCLA Law Review*, 62: 364-462.

Posner, R., 1973: *The Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company.

Primus, R.A., 2003: «Equal Protection and Disparate Impact: Round Three», *Harvard Law Review*, 117: 493.

Primus, R.A., 2010: «The Future of Disparate Impact», *Michigan Law Review*, 108: 1341.

Read, F.T. & McGough, L.S., 1978: Let Them Be Judged: The Judicial Integration of the Deep South. Metuchen, New Jersey: Scarecrow Press.

Rothstein, R., 2017: *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America*, New York: Liveright Publishing Corporation.

Sheehan, D., 2017: «Disparate Impact Liability under the Fair Housing Act after *Inclusive Communities*», *Journal of Affordable Housing*, 25: 391-420.

Sherman, M., 2016: «Justice: Changing Course on the Bench is Not Weakness», *AP NEWS*, disponible en http://perma.cc/QH67-B6X6.

Siegel, R., 2018: «The Constitutionalization of Disparate Impact—Court-Centered and Popular Pathways: A Comment on Owen Fiss's Brennan Lecture», *California Law Review,* 106.

Stephanopoulos, N.O., 2019: «Disparate Impact, Unified Law», *Yale Law Journal,* 128: 1566.

Tokaji, D.P., 2006: «The New Vote Denial», *South Carolina Law Review,* 57: 689.

Tokaji, D.P., 2015: «Applying Section 2 to the New Vote Denial», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* 50: 439.