

# VNiVERSiDAD D SALAMANCA

## FACULTAD DE DERECHO



*EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL  
CONSTITUCIONALISMO ESTADOUNIDENSE:  
LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y LAS  
ACCIONES POSITIVAS*

**AUTORA:**

LAURA HERNÁNDEZ LLINÁS

**DIRECTORES:**

DRA. ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

DR. AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA

Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global  
Salamanca, 2023



A Juan,  
por todo.



*In order to get beyond racism, we must first take account of race.*

*There is no other way.*

Justice Harry A. Blackmun



# ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN..... 71

**I. EL CASO BROWN V. BOARD OF EDUCATION (1954): UNA NUEVA ETAPA EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO SOBRE LAS RELACIONES RACIALES Y EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE IGUAL PROTECCIÓN.....** ¡Error! Marcador no definido.

1. **El camino hasta el caso Brown I: la progresiva erosión de la doctrina “separados pero iguales”.....** ¡Error! Marcador no definido.
2. **El contenido del emblemático pronunciamiento de la Corte Suprema: la naturaleza inherentemente desigual de la segregación escolar;**¡Error! Marcador no definido.
3. **Las claves de Brown I: una decisión unánime, accesible al gran público, tolerable para los Estados sureños, alejada del originalismo y deliberadamente ambigua.....** ¡Error! Marcador no definido.
4. **Brown II: la fórmula *with all deliberate speed*....** ¡Error! Marcador no definido.
5. **La recepción doctrinal de Brown I .....** ¡Error! Marcador no definido.

**II. EL PROCESO DE DESEGREGACIÓN ESCOLAR Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA;**¡Error! Marcador no definido.

1. **La respuesta inmediata a Brown II: las primeras formas de resistencia contra la desegregación .....** ¡Error! Marcador no definido.
2. **La jurisprudencia de la Corte Suprema en la década de los sesenta: el camino hacia la integración escolar .....** ¡Error! Marcador no definido.
3. **Un nuevo problema constitucional: las formas de segregación escolar más allá del Sur.....** ¡Error! Marcador no definido.
4. **Los casos Swann (1971), Emporia (1972) y Scotland Neck (1972): hasta dónde llegar para dismantelar el *sistema educativo dual* .....** ¡Error! Marcador no definido.
5. **Los casos Keyes (1973) y Milliken (1974): la Corte Suprema se enfrenta a la segregación de los Estados del Norte.....** ¡Error! Marcador no definido.
6. **Las claves de la incidencia de la jurisprudencia sobre la desegregación escolar en la interpretación de la cláusula de igual protección;**¡Error! Marcador no definido.

### III. LA EVOLUCIÓN DE LAS DOCTRINAS DEL *INTENT* Y EL *DISPARATE IMPACT* Y SU REPERCUSIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN ..... ¡Error! Marcador no definido.

1. Las doctrinas del *intent* y el *disparate impact* y su relevancia en la interpretación de la cláusula de igual protección ..... ¡Error! Marcador no definido.
2. La *intención discriminatoria* en la jurisprudencia sobre desegregación escolar hasta los años setenta ..... ¡Error! Marcador no definido.
3. Los orígenes de la doctrina del *disparate impact*: el caso *Griggs v. Duke Power Company* (1971) ..... ¡Error! Marcador no definido.
4. El caso *Palmer v. Thompson* (1971): los enfoques basados en los efectos y la intención discriminatoria, ¿alternativas excluyentes? ¡Error! Marcador no definido.
5. El nacimiento de la doctrina contemporánea del *intent*: los casos *Washington v. Davis* (1976) y *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney* (1979) ¡Error! Marcador no definido.
6. Las críticas frente a la doctrina del *intent* y los diferentes significados de la discriminación ..... ¡Error! Marcador no definido.

### IV. EL DEBATE SOBRE EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LAS ACCIONES POSITIVAS Y SU REPERCUSIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN..... ¡Error! Marcador no definido.

1. Las acciones positivas en la lucha contra la desigualdad racial: concepto, origen y principales argumentos a favor y en contra de su empleo ..... ¡Error! Marcador no definido.
2. Nacimiento y evolución de la aplicación del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales ..... ¡Error! Marcador no definido.
  - 2.1 Consideraciones generales sobre la revisión judicial por niveles (*two-tiered review*) ..... ¡Error! Marcador no definido.
  - 2.2 El origen de la revisión judicial por niveles: el fin de la era *Lochner* y el caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938)..... ¡Error! Marcador no definido.
  - 2.3 Del caso *Carolene Products* a la aplicación del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales: el controvertido legado de la Corte Warren ..... ¡Error! Marcador no definido.
3. Las claves para analizar el encaje constitucional de las acciones positivas ¡Error! Marcador no definido.
  - 3.1 John Hart Ely: el principio antidiscriminación desde la *Political Process Theory*..... ¡Error! Marcador no definido.
  - 3.2 Richard A. Posner: el principio antidiscriminación como una prohibición absoluta de las clasificaciones raciales..... ¡Error! Marcador no definido.
  - 3.3 Paul Brest: una interpretación amplia del principio antidiscriminación ¡Error! Marcador no definido.



3.4 Owen Fiss: la primera formulación del principio anti-subordinación..;Error! Marcador no definido.

3.4.1 La crítica de FISS contra el principio antidiscriminación .....;Error! Marcador no definido.

3.4.2 Un cambio de paradigma en la interpretación de la cláusula de igual protección: el *principio de apoyo a los grupos desfavorecidos*;Error! Marcador no definido.

**4. Otra lectura del problema: la interpretación de la prohibición de discriminación desde los *Critical Race Studies* ..... ;Error! Marcador no definido.**

4.1 La importancia de los *Critical Race Studies* en el debate sobre la interpretación constitucional de la discriminación.. ;Error! Marcador no definido.

4.2 Analizar el racismo a partir de la comprensión de la raza.;Error! Marcador no definido.

4.3 Revisar el concepto liberal de discriminación para articular un Derecho Antidiscriminatorio eficaz..... ;Error! Marcador no definido.

4.3.1 Alan Freeman: la perspectiva de la víctima en el Derecho Antidiscriminatorio..... ;Error! Marcador no definido.

4.3.2 Charles Lawrence III: el racismo en el subconsciente colectivo y el test de significado cultural ..... ;Error! Marcador no definido.

4.3.3 Neil Gotanda y Jayne Chong-soon Lee: la concepción dinámica de la raza ;Error! Marcador no definido.

4.3.4 Ian Haney López: una mirada crítica a las teorías de la raza que subyacen al pensamiento liberal ..... ;Error! Marcador no definido.

**V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LAS ACCIONES POSITIVAS ..... ;Error! Marcador no definido.**

**1. El primer acercamiento de la Corte Suprema a las acciones positivas: el caso *Regents of the University of California v. Bakke* (1978);Error! Marcador no definido.**

**2. La compatibilidad de las acciones positivas en el empleo con el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 ..... ;Error! Marcador no definido.**

2.1 El caso *Steelworkers of America v. Weber* (1979);Error! Marcador no definido.

2.2 El caso *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts* (1984).....;Error! Marcador no definido.

2.3 El caso *Local 28 of the Sheet Metal Workers International Association v. Equal Employment Opportunity Commission* (1986);Error! Marcador no definido.

2.4 El caso *Firefighters v. City of Cleveland* (1986);Error! Marcador no definido.

- 2.5 El caso Johnson v. Transportation Agency (1987);**Error! Marcador no definido.**
- 2.6 Anotaciones sobre la jurisprudencia infra-constitucional sobre las acciones positivas en el ámbito del empleo ..... **¡Error! Marcador no definido.**
- 3. La constitucionalidad de las acciones positivas en el empleo y la construcción**  
**¡Error! Marcador no definido.**
- 3.1 El caso Fullilove v. Klutznick (1980): la amplitud de las potestades del Congreso federal en el diseño de acciones positivas;**Error! Marcador no definido.**
- 3.2 El caso Wygant v. Jackson Board of Education (1986): la inconstitucionalidad de las medidas preferenciales de protección frente al despido;**Error! Marcador no definido.**
- 3.3 El caso United States v. Paradise (1987): la constitucionalidad de las acciones positivas impuestas judicialmente..... **¡Error! Marcador no definido.**
- 3.4 El caso City of Richmond v. J. A. Croson Company (1989): un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional sobre las acciones positivas .....**Error! Marcador no definido.**
- 3.5 El caso Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission (1990): la última sentencia de William J. Brennan . **¡Error! Marcador no definido.**
- 3.6 El caso Adarand Constructors, Inc. v. Peña (1995): la consolidación de la aplicación del escrutinio estricto a las acciones positivas;**Error! Marcador no definido.**
- 4. La constitucionalidad de las acciones positivas en la educación ..... ¡Error! Marcador no definido.**
- 4.1 Los casos Grutter y Gratz v. Bollinger (2003): una nueva interpretación del marco doctrinal empleado por Powell en el caso Bakke;**Error! Marcador no definido.**
- 4.1.1 El caso Grutter v. Bollinger: una nueva lectura de la diversidad..**Error! Marcador no definido.**
- 4.1.2 El caso Gratz v. Bollinger: la primacía de la forma sobre el contenido **¡Error! Marcador no definido.**
- 4.2 El caso Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No.1 (2007): la batalla por el significado de Brown v. Board of Education.....**Error! Marcador no definido.**
- 4.2.1 La sentencia de Roberts, el voto concurrente de Thomas y la posición de los magistrados disidentes: un enfrentamiento entre los enfoques *color-blind* y anti-subordinación ..... **¡Error! Marcador no definido.**
- 4.2.2 El voto del magistrado Kennedy: ¿una nueva interpretación de la prohibición de discriminación constitucional? ... **¡Error! Marcador no definido.**
- 4.3 Los casos Fisher I (2013) y Fisher II (2016): una lectura más severa de la doctrina sentada en Grutter ..... **¡Error! Marcador no definido.**

- 4.3.1 El caso Fisher I: el escrutinio estricto no es letal en la práctica, pero tampoco débil ..... **¡Error! Marcador no definido.**
- 4.3.2 El caso Fisher II: una victoria agridulce para los defensores de las acciones positivas ..... **¡Error! Marcador no definido.**

**CONCLUSIONES** ..... **15**

**BIBLIOGRAFÍA** ..... **37**

**JURISPRUDENCIA**..... **¡Error! Marcador no definido.**





## **AGRADECIMIENTOS**

La elaboración del presente trabajo no habría sido posible sin la ayuda de quienes me han acompañado a lo largo de los últimos años. Agradezco especialmente el apoyo incondicional de mis padres, que me han ayudado a levantarme tras cada tropiezo y siempre me han transmitido que con esfuerzo y constancia podría alcanzar cualquier meta. Sin ellos no sería la persona que soy hoy. Probablemente sean quienes más han sufrido los obstáculos que me he encontrado a lo largo de mi corta experiencia como investigadora, y espero que hoy puedan sentirse orgullosos del resultado.

Los otros dos pilares que me han permitido llegar hasta aquí son mi hermano y Juan. Al primero siempre le estaré agradecida por su alegría incombustible, por creer en aquello a lo que me dedico y, sobre todo, porque hacer que se sienta orgulloso siempre me impulsa a dar una mejor versión de mí. Al segundo, por apoyarme en los peores momentos, por compartir conmigo los mejores, y por ayudarme cada día a creer en mí misma.

Me gustaría dar las gracias igualmente a mis directores, Ángela Figueruelo Burrieza y Augusto Martín de la Vega, por haber orientado y supervisado la realización de este trabajo y haber enriquecido su contenido con sus reflexiones. Agradezco, además, los cabales consejos de Ángela, su permanente atención y su preocupación por mi desarrollo profesional, su cercanía y todo lo que me ha enseñado a lo largo de estos cuatro años de trabajo. Y, por supuesto, agradezco a Augusto su entusiasmo contagioso, todas las veces que me ha animado a disfrutar de esta profesión, todos los motivos que me ha dado para hacerlo, todo el tiempo que ha dedicado a esta investigación y el haber sido para mí una fuente de admiración e inspiración desde mi etapa como estudiante de Derecho.

Querría dar las gracias también a mis compañeros del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, por todo lo que he aprendido de ellos en lo académico y en lo personal. Muy en especial, a Juan Daniel, por enseñarme a ser mejor docente y, sobre todo, por su amistad.

Agradezco igualmente sus lecciones y su pasión por la enseñanza a dos de las mejores profesoras que he tenido la suerte de encontrar durante mi formación en la

Universidad de Salamanca: Ana Zaera y María Eugenia Torijano. Es un privilegio encontrar docentes que ponen tanta dedicación y esfuerzo en su trabajo.

Me gustaría dar las gracias también a mis alumnos, en especial a Víctor, Judith, Manuel, Lucía, Carlos, e Iker, porque ellos son los responsables de los mejores momentos de los inicios de mi carrera académica.

En estos años he tenido la oportunidad de realizar dos estancias de investigación en las Universidades de Pisa y Pau y los Países del Adour, y no querría dejar pasar la oportunidad de dar las gracias a quienes las hicieron posibles. Agradezco enormemente al Profesor Roberto Romboli sus enseñanzas y su calidez. Agradezco igualmente al Profesor Olivier Lecucq su atención y su generosidad, y a Claude Fournier toda su ayuda y su afecto. Durante estas estancias tuve, además, la suerte de hacer grandes amigos que me hicieron sentir en casa. Gracias, en especial, a María, que cuidó de mi como si fuera una hermana mayor. Gracias también a Carlo, Antonello, Cristina, Giulia, Marta, Romain, Aritz, Alba y los demás.

Entre quienes han hecho que mi tiempo como doctoranda haya valido la pena por algo más que lo académico, se encuentran, sin duda, amigos como Óscar, Elsa, Walter, Berta, Cristina y Fran. Gracias a todos ellos por todas las veces que me han hecho reír, y en especial a los dos primeros por prestarme su apoyo también en los días malos. Y gracias a Javi, por su generosidad, porque sin su ayuda no habría tenido acceso a algunos recursos bibliográficos que han resultado esenciales en la elaboración de este trabajo.

Fuera del ámbito universitario tengo la suerte de haber recibido el apoyo de muchas personas a las que quiero y a las que no podría dedicarle el espacio que se merecen en estas páginas. No obstante, me gustaría al menos dar las gracias a mi abuela Sol, porque siempre se ha alegrado más que yo misma de mis victorias y nunca le ha dado importancia a mis errores. Gracias también a mi abuela Gene, que sé que se habría sentido orgullosa de este trabajo. Gracias a Clara, por acompañarme y apoyarme siempre. Gracias a José y Maribel, por ser parte de mi familia. Gracias a Elena, por no dudar en ningún momento que este trabajo llegaría a buen puerto, y a María Paula, porque a pesar de los kilómetros que nos separan siempre la he sentido cerca. Gracias también a José Ramón, Cristina, Gabriel y Cristóbal por su cariño y su confianza. Y gracias a Sergio, Rodri, Maite, Dani, Christian, Andrea, Víctor, Lore, Inés, Cris, Marcos, Lucía, Lucía, Bea, Elena, Vero, Óscar ... y a todos los que he olvidado mencionar, pero invitaré a una cerveza en compensación

si llegan a enterarse. Gracias por todos los buenos momentos que he pasado con vosotros, y por todos vuestros mensajes de ánimo en la recta final. No me serviría de nada haber terminado esta tesis si no pudiera ahora celebrarlo con vosotros.



## CONCLUSIONES

1. La doctrina moderna sobre la igualdad constitucional en Estados Unidos tiene su origen en la resolución del caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que declaró la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. Este pronunciamiento reflejó una nueva visión acerca de las relaciones raciales, fue la antesala de una Corte Suprema más comprometida que nunca con los derechos de los afroamericanos y supuso una importante victoria para el movimiento por los derechos civiles. A día de hoy, la doctrina constitucionalista considera incuestionable su legitimidad; probablemente, es el pronunciamiento más respetado y celebrado de la Corte Suprema. No obstante, el consenso que despierta su corrección esconde importantes desacuerdos sobre su verdadero significado. En particular, continúa siendo motivo de discusión cuál fue la razón última en la que la Corte Suprema apoyó su declaración de inconstitucionalidad. Para algunos, la Corte se limitó a aplicar una presunción de inconstitucionalidad contra las clasificaciones raciales que apareció por primera vez en los casos *Hirabayashi v. United States* (1943) y *Korematsu v. United States* (1944). De acuerdo con esta interpretación, toda clasificación racial resulta inherentemente contraria a la dignidad de la persona y, por tanto, la Constitución únicamente permite su empleo en presencia de justificaciones extraordinariamente persuasivas. Para otros, la Corte se apoyó en el perjuicio que la segregación racial provocaba en los menores afroamericanos para declarar su inconstitucionalidad. De acuerdo con esta interpretación, la Corte no aplicó en el caso *Brown* una prohibición de toda clasificación racial, sino una prohibición de aquellas clasificaciones perjudiciales para los afroamericanos, bien por su efecto estigmatizante, bien por suponer una negación del acceso a una educación en condiciones de igualdad, o bien por perpetuar un sistema de castas raciales.

Atendiendo a la literalidad de la decisión y a la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema en materia de desegregación, parece más plausible la hipótesis de quienes plantean que el objetivo de la Corte Suprema en *Brown* no fue prohibir toda clasificación racial, sino una clasificación racial concreta que, dado el contexto en el que se había creado y la realidad social sobre la que estaba llamada a aplicarse, contribuía a reforzar el sistema de castas raciales resultado de la esclavitud. En este sentido resultan particularmente convincentes los trabajos de REVA B. SIEGEL y BRUCE ACKERMAN, que han defendido que la prohibición de toda clasificación racial

aparecería diez años después en la jurisprudencia de la Corte Suprema, coincidiendo con la resolución de los casos en los que se declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio interracial – *McLaughlin v. Florida* (1964) y *Loving v. Virginia* (1967) –. Fue entonces cuando la Corte Suprema, buscando reforzar todo lo posible sus decisiones, acudió al discurso anti-clasificación para blindar así los avances en la desarticulación del sistema de castas raciales frente a los críticos que, desde el caso *Brown*, venían acusándola de sustentar sus decisiones en teorías sociológicas cambiantes y parciales en lugar de aplicar principios jurídicos neutrales. Ello contradice el relato de quienes vinculan la lectura en clave anti-clasificación de la discriminación con el legado del caso *Brown* y los orígenes del movimiento por los derechos civiles y refuerza las tesis de la corriente anti-subordinación

2. Una de las principales preguntas que planteó la declaración de inconstitucionalidad de la segregación escolar en el caso *Brown* fue cómo debían proceder las autoridades escolares para garantizar a los alumnos una educación conforme con la exigencia constitucional de igualdad. En concreto, fue objeto de discusión si el imperativo constitucional de igualdad quedaba satisfecho con la desaparición del empleo de la raza en la toma de decisiones o, por el contrario, exigía un esfuerzo activo por integrar los sistemas educativos. Numerosas localidades sureñas aprovecharon el silencio de la Corte Suprema al respecto en *Brown I* y *Brown II* para poner en marcha distintas estrategias que, sin recurrir al empleo explícito de clasificaciones raciales, mantenían inalterada la composición racial de sus escuelas.

Pasados diez años durante los cuales la obstinada resistencia de algunos estados sureños hizo que la declaración de inconstitucionalidad de la segregación no provocara apenas cambios en las escuelas, ni en las condiciones de vida de la población afroamericana, el Gobierno Federal hizo del compromiso con la igualdad racial su bandera. Bajo los mandatos de John F. Kennedy y Lyndon B. Johnson, se impulsaron importantes cambios normativos para superar la discriminación, en especial la *Civil Rights Act* de 1964. Desde el Ministerio de Salud, Educación y Bienestar, la HEW por sus siglas en inglés, se elaboraron guías de actuación dirigidas a las juntas escolares que incentivaban la persecución de un equilibrio racial en la composición de las escuelas. Los tribunales federales, en aplicación de las nuevas directrices de la HEW, comenzaron a mostrarse más exigentes con las autoridades encargadas de la organización de los distritos

escolares. En esta misma etapa la paciencia de los miembros de la Corte Suprema con las autoridades sureñas que se resistían a la integración comenzó a dar muestras de agotamiento. En el caso *Griffin v. School Board of Prince Edward County* (1964), declararon inconstitucionales aquellas decisiones públicas formalmente neutrales respecto a la raza que vinieran motivadas por un propósito de obstaculizar la integración. En el caso *Green v. County School Board of New Kent County* (1968), declararon por primera vez que las juntas educativas tenían la *obligación positiva* de llevar a cabo *cualesquiera actuaciones necesarias para garantizar un sistema educativo unitario*. En el caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971), la Corte subrayó que el empleo de medidas *race-conscious* para alcanzar este objetivo no solo era legítimo, sino que en determinados casos podía resultar constitucionalmente obligatorio para los estados. Implícitamente, por tanto, la Corte Suprema rechazó en su jurisprudencia sobre la desegregación escolar del Sur una interpretación estrictamente *color-blind* de la cláusula de igual protección.

3. Desde mediados de los años sesenta, la segregación escolar dejó de percibirse como un problema exclusivamente sureño. En las ciudades de los estados del Norte, pese a no haber existido una imposición legal de la separación racial, la segregación residencial se traducían también en la existencia de escuelas públicas monopolizadas por alumnos blancos y otras con peores recursos en las que los alumnos pertenecían mayoritariamente a minorías raciales. La doctrina comenzó a referirse a esta forma de segregación como *segregación de facto*, por oposición a la *segregación de iure*, aquella impuesta por la ley en el pasado reciente. En vista de las victorias del movimiento por los derechos civiles en el Sur, las comunidades afroamericanas de los estados del Norte comenzaron a reivindicar cambios análogos en su sistema educativo. De esta forma, los tribunales federales se encontraron con la necesidad de esclarecer si, en virtud de la cláusula de igual protección, los estados debían corregir la segregación en todo caso o, por el contrario, dicha obligación únicamente afectaba a los distritos escolares cuyo ordenamiento jurídico imponía o había impuesto de forma expresa la segregación.

Fueron muchos los autores que defendieron que la Constitución no podía imponer un estándar más exigente en el Sur que en el Norte y que la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Brown* se había basado en el perjuicio que la educación segregada provocaba en los menores afroamericanos, un perjuicio que estaba presente también al otro lado de

la línea Mason-Dixon. La separación racial en las escuelas, aun cuando no viniera impuesta de forma expresa por la ley, resultaba humillante, estigmatizante y perjudicial para el desarrollo de los menores afroamericanos, cuya formación en escuelas de peor calidad perpetuaba el ciclo de exclusión y pobreza que sufría esta minoría racial. Este debate puso el foco de atención en los efectos discriminatorios de prácticas formalmente neutrales respecto a la raza, como la asignación de alumnos a la escuela más cercana a su lugar de residencia.

La Corte Suprema declaró en el caso *Keyes v. School District No. 1, Denver* (1973) que la doctrina seguida en casos como *Brown*, *Green* y *Swann* era aplicable en los estados del Norte. Ahora bien, no llegó a reconocer que la segregación *de facto* resultara, por sí misma, inconstitucional. Sostuvo que solo allí donde se determinara la existencia de una *intención de segregar* surgía la obligación de dismantelar el sistema educativo dual. No obstante, hizo una interpretación muy amplia de este concepto, se mostró muy flexible a la hora de considerar probada la conexión entre la separación racial presente y la existencia de un pasado discriminatorio y reconoció amplias facultades correctivas a los jueces federales. Tal y como han puesto de manifiesto autores como OWEN FISS y DAVID STRAUSS, este enfoque jurisprudencial hace pensar que, pese a su compromiso formal contra la *intención discriminatoria*, lo que verdaderamente motivó las decisiones de la Corte Warren durante los años sesenta fue la preocupación por las condiciones materiales de los alumnos afroamericanos. Esta tendencia se revertiría con los cambios de composición de la Corte Suprema acaecidos durante el mandato presidencial de Richard Nixon. A partir del caso *Milliken v. Bradley* (1974), la Corte hizo una lectura menos exigente de las obligaciones constitucionales de los estados en la integración escolar y más restrictiva con el alcance de los remedios que los jueces podían imponer a las autoridades educativas.

4. De forma similar a lo acontecido en el ámbito educativo, en el ámbito laboral la promulgación del Título VII de la *Civil Rights Act*, que prohibía la discriminación en el empleo, vino acompañada de distintas actuaciones que mantenían inalterado el *statu quo* previo a la adopción de esta norma sin emplear criterios raciales de forma expresa. Los ejemplos paradigmáticos de este tipo de prácticas fueron los sistemas de antigüedad y las pruebas de inteligencia estandarizadas para el acceso y la promoción en el trabajo. Para combatir este tipo de prácticas surgió la doctrina del *disparate impact*, una de las

contribuciones judiciales más importantes para el Derecho Antidiscriminatorio. En su virtud, bajo determinadas condiciones pueden calificarse como *discriminatorias* las prácticas formalmente neutrales cuyo impacto es perjudicial para un determinado colectivo, con independencia de la intención con la que fueran adoptadas. El nacimiento de esta doctrina suele vincularse al caso *Griggs v. Duke Power Company* (1971), en el que la Corte Suprema de forma unánime interpretó que el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 no solo prohibía la discriminación intencional, sino también aquellas prácticas que tuvieran un efecto desproporcionadamente perjudicial sobre colectivos históricamente discriminados. No obstante, la Corte no prohibió estas prácticas en todo caso; en su lugar, exigió a los empleadores justificar, allí donde se detectara una de estas prácticas, la necesidad empresarial de dicha medida. Si esta exigencia no quedaba satisfecha, la práctica se consideraba discriminatoria y por tanto contraria a Derecho.

Los autores más conservadores criticaron duramente la doctrina del *disparate impact* por emplear una concepción de la discriminación prohibida demasiado amplia y desconectada del ideal *color-blind* que había inspirado la redacción de la *Civil Rights Act*. Los más progresistas, por el contrario, vieron en ella un instrumento útil en la lucha contra la discriminación racial que facilitaba la obtención de los objetivos perseguidos por esta norma. La Corte Suprema rechazó la expansión de la doctrina del *disparate impact* al ámbito constitucional en el caso *Washington v. Davis* (1976). Declaró que los estándares de legalidad y constitucionalidad no debían confundirse y que nada en la Constitución justificaba la aplicación de un escrutinio estricto a una práctica con base exclusivamente en su impacto sobre una minoría racial. Razonó que la regla de que toda norma neutral desproporcionadamente perjudicial para una raza debiera considerarse inválida, salvo concurrencia de una justificación suficiente, *tendría un gran alcance y podría conducir a invalidar todo un abanico de normas que podrían resultar más onerosas para los pobres y para el afroamericano medio que para los blancos*. De esta forma, el caso *Washington* convirtió la *intención discriminatoria* en un requisito no solo suficiente sino necesario para poder establecer una vulneración constitucional, al menos en ausencia de una clasificación racial explícita. No obstante, la Corte Suprema puntualizó que el propósito discriminatorio no debía ser necesariamente explícito o evidente, reconociendo que a menudo su existencia podría inferirse del conjunto de hechos relevantes, entre ellos la existencia de perjuicios desproporcionados sobre un determinado grupo racial.

En el caso *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney* (1979) la Corte Suprema hizo una interpretación más estricta del *propósito discriminatorio*, indicando que este no implicaba una mera conciencia de las consecuencias de los propios actos sobre las minorías raciales; para apreciar, *prima facie*, una conducta discriminatoria era preciso que se demostrara en sede judicial que las autoridades estatales habían actuado *a causa de* y no solo *a pesar de* las consecuencias adversas de sus actos sobre un determinado grupo racial. El marco doctrinal aplicado en este caso sigue vigente hoy en la jurisprudencia constitucional.

Coincidimos con autores como REVA B. SIEGEL, DAVID STRAUSS e IAN HANEY LÓPEZ en que el giro conservador que imprimió la Corte Suprema a la doctrina del *intent* en el caso *Feeney* impuso una concepción de la discriminación constitucionalmente prohibida que obstaculiza la lucha contra la discriminación en sede judicial. Tal y como han puesto de manifiesto autores como ALAN FREEMAN y CHARLES LAWRENCE III, la desconexión de esta doctrina con la realidad sobre la que está llamada a operar – y, muy en particular, con los verdaderos mecanismos de transmisión y pervivencia de los estereotipos raciales tradicionales – conduce a legitimar prácticas y decisiones marcadas por formas conscientes e inconscientes del racismo que perpetúan las condiciones de subordinación de la población afroamericana y otros colectivos históricamente discriminados.

5. A partir de los años setenta, adquieren protagonismo en el debate constitucional las acciones positivas. Estas medidas se caracterizan por emplear criterios raciales con el objetivo de mejorar la posición social, política o económica de colectivos históricamente discriminados o de corregir su infrarrepresentación en determinados sectores. Las acciones positivas han sido, desde entonces hasta hoy, uno de los temas más controvertidos para el Derecho Constitucional estadounidense. De hecho, el debate en torno a su constitucionalidad sirvió de catalizador en la conformación definitiva de las dos grandes corrientes de interpretación de la cláusula de igual protección a las que nos hemos referido en este trabajo: la corriente anti-clasificación y la corriente anti-subordinación.

La corriente anti-clasificación interpreta la cláusula de igual protección como un mandato de racionalidad legislativa que prohíbe las clasificaciones basadas en criterios

arbitrarios, entendiendo por tales aquellos que no se adecúan a la consecución de los fines perseguidos por el legislador. El principio de igualdad constitucional protegería entonces a toda persona frente a posibles tratos diferenciados que resulten arbitrarios. Para sus defensores, la historia americana demuestra que las clasificaciones raciales son, en la gran mayoría de los casos, irracionales, en la medida en que no resultan adecuadas para la consecución de ningún fin legítimo. Tal es el caso de las leyes Jim Crow y otras múltiples formas de trato perjudicial para los afroamericanos y otras minorías raciales que, durante siglos, formaron parte del ordenamiento jurídico estadounidense. La base de estas normas era la atribución de cualidades negativas a una serie de personas por razón de su raza, un rasgo que debería haber sido considerado irrelevante ya que, en contra de las premisas fundamentales de la ideología racista, la raza carece de conexión con las capacidades, necesidades o méritos de los individuos. Dar un trato diferente a una persona por razón de su raza es, además, una forma de trato particularmente injusta y contraria a la dignidad humana, ya que prejuzga su carácter o habilidades con base en un rasgo involuntario e inmodificable.

De acuerdo con la corriente anti-clasificación, estas consideraciones quedaron sintetizadas en la cláusula de igual protección consagrada en la Decimocuarta Enmienda, que introdujo un principio anti-clasificación con el objetivo de que las decisiones en la esfera pública estuvieran presididas por un ideal de neutralidad respecto a aquellos criterios de clasificación que, como la raza, resultaran arbitrarios. Desde estas premisas, la doctrina del escrutinio estricto de las clasificaciones raciales obedece al objetivo de depurar el ordenamiento de aquellas clasificaciones que otorguen a las personas un trato diferente en función de su raza, salvo cuando pueda demostrarse que dichas clasificaciones persiguen un fin de extraordinaria importancia (*compelling interest*) y existe un vínculo estrecho entre dicho fin y el medio utilizado para su consecución (*narrow tailoring*).

El origen de la corriente anti-subordinación es el trabajo de OWEN FISS *Groups and the Equal Protection Clause*, publicado en 1976. Este trabajo denuncia las limitaciones del principio anti-clasificación en la lucha contra la desigualdad de los afroamericanos e identifica varias inconsistencias entre sus pretendidas virtudes y su verdadero funcionamiento. Por lo general, los seguidores de la corriente anti-clasificación consideran que su modelo interpretativo es el paradigma idóneo para la aplicación judicial de la igualdad constitucionalmente garantizada. En primer lugar, el principio anti-

clasificación es una herramienta neutral en términos valorativos, que no cuestiona la oportunidad o la justicia de los fines elegidos por el legislador, sino tan solo la adecuación entre éstos y los medios empleados para su consecución. En segundo lugar, permite formular con certeza una regla atemporal independiente del caso sometido a examen y, por tanto, dificulta la introducción de consideraciones subjetivas por parte del juez. En tercer lugar, se encuentra en sintonía con la filosofía individualista que preside el constitucionalismo americano, en la medida en que no requiere el reconocimiento de la existencia de distintos grupos sociales, reivindica que toda persona sea tratada como un individuo único y no como un miembro de un determinado grupo, y no hace depender sus derechos ni obligaciones de los demás miembros de tal grupo. Por último, concibe los derechos otorgados por la cláusula de igual protección como derechos universalizables de los que cualquier sujeto es titular, con independencia de su raza, sexo u otros rasgos constitucionalmente irrelevantes. De acuerdo con OWEN FISS, el funcionamiento práctico del principio anti-clasificación desmiente estas virtudes.

FISS estudia, en concreto, el manejo que los tribunales venían haciendo de los problemas raciales hasta los años setenta. Determina que la Corte Suprema, para poder aplicar la regla de la prohibición de las clasificaciones arbitrarias, se valía de un conjunto de conceptos auxiliares que introducían consideraciones sustantivas en sus razonamientos. Así, en primer lugar, en el examen de las decisiones legislativas la Corte realizaba una serie de operaciones en las que, inevitablemente, debía tomar decisiones valorativas: identificar el criterio de decisión empleado por las autoridades; determinar la legitimidad o ilegitimidad de sus fines; identificar si el fin alegado por ellas coincidía o no con su verdadero propósito; y determinar el grado de adecuación entre medios y fines exigible en el caso objeto de examen, esto es, los márgenes de infra-inclusión y sobre-inclusión que estaba dispuesta a permitir. En todas estas decisiones, la Corte necesitaba servirse de elementos de juicio externos a la regla de interdicción de las clasificaciones arbitrarias. A la hora de aplicar la doctrina del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales, la Corte debía, además, determinar cuándo un interés gubernamental era lo suficientemente persuasivo, cuándo el vínculo entre este y los medios empleados era lo suficientemente estrecho, así como si el requisito de la necesidad de tales medios exigía o no agotar todas las medidas alternativas posibles. De acuerdo con FISS, responder a todas estas preguntas, muy en particular a aquellas relacionadas con la legitimidad e importancia de los fines del legislador, implicaba una toma de postura sustantiva que la



prohibición de las clasificaciones arbitrarias, por sí misma, no podía guiar. Por tanto, el modelo interpretativo anti-clasificación no ofrecía la objetividad y neutralidad que prometían sus defensores. Además, tampoco resultaba perfectamente individualista, en el sentido de no dar relevancia a la pertenencia del individuo a diferentes grupos sociales, ya que la única forma de explicar que la raza sea considerada un rasgo constitucionalmente sospechoso, y otros tantos como el color de ojos o el grupo sanguíneo no, es atender al significado concreto que ha tenido la pertenencia a uno u otro grupo racial en la historia estadounidense.

Tras poner en cuestión la solidez de las premisas sobre las que se erigía el modelo anti-clasificación, FISS propone su sustitución por el *principio de apoyo a los grupos desfavorecidos*, hoy llamado anti-subordinación o anti-casta. En su virtud, la cláusula de igual protección no se concibe como un mandato de racionalidad que implica una prohibición casi absoluta de toda clasificación racial, sino como una herramienta de protección de ciertos colectivos que por determinadas razones, en especial la raza, han sido históricamente víctimas de prejuicio, exclusión, marginación, opresión u otras formas de discriminación. En aplicación del principio anti-subordinación, han de considerarse discriminatorias las decisiones de los poderes públicos que resulten en la perpetuación de la situación de subordinación sufrida por los afroamericanos y otros grupos en similar situación. Dicho principio exige dar relevancia constitucional al hecho de que la pertenencia a determinados grupos sociales condiciona la calidad de vida de las personas y sus posibilidades reales de participación en la esfera pública. No pretende formularse en términos abstractos y atemporales, sino atender al contexto en el que operan las normas jurídicas y contribuir a la desarticulación de los sistemas de opresión; en especial, del sistema de castas raciales que aún hoy permea la sociedad estadounidense.

De acuerdo con FISS, el principio de apoyo a los grupos desfavorecidos da una respuesta más coherente y más justa que el principio anti-clasificación a tres problemas raciales: (i) las actuaciones estatales que discriminaban sin “clasificar” a los ciudadanos (decisiones como el cierre de escuelas o piscinas para evitar su integración, la aprobación judicial de los *restrictive covenants* o la concesión de licencias a negocios que practican la segregación racial en sus locales), (ii) las decisiones formalmente neutrales con un efecto desproporcionadamente perjudicial para los afroamericanos y (iii) las acciones positivas. Desde la publicación de su trabajo *Groups and the Equal Protection Clause*,

numerosos autores se han mostrado partidarios de que el principio anti-subordinación sirva como herramienta cualificada en la interpretación de la cláusula de igual protección.

6. Las formas abiertas de discriminación anteriores a la década de los sesenta, como la segregación racial o la prohibición de que las personas afroamericanas ejercieran determinados derechos o accedieran a algunos sectores económicos, no exigían de la Corte Suprema tomar partido por uno de los modelos interpretativos expuestos en el punto anterior y renunciar al otro. Ambos modelos conducían a un mismo resultado: la declaración de inconstitucionalidad de estas prácticas. Las acciones positivas, sin embargo, forzaban a la Corte a esclarecer si la cláusula de igual protección había servido para prohibir la segregación racial y otros tratos perjudiciales para los afroamericanos por emplear clasificaciones raciales sin que existiera una justificación lo suficientemente persuasiva para ello o, por el contrario, porque estas prácticas consolidaban la supremacía blanca. En el primer caso, las acciones positivas podían interpretarse como formas de discriminación dirigidas contra nuevos destinatarios que debían ser revisadas judicialmente conforme a un estándar de constitucionalidad muy exigente. En el segundo, estas medidas no debían entenderse como prácticas sospechosas en un sentido constitucional. Tras un periodo de relativa indefinición en su respuesta a esta cuestión, la Corte Suprema terminó por asumir la primera de estas posturas.

Hasta el día de hoy, la Corte Suprema no ha dictado ninguna sentencia unánime en esta materia. De hecho, en estos casos ha sido habitual la formación de hasta tres bloques de magistrados con enfoques sustancialmente diferentes. Hasta los años noventa, los magistrados se mostraron singularmente divididos a propósito de tres cuestiones: en primer lugar, el nivel de escrutinio aplicable a las acciones positivas, en segundo lugar, si estas medidas debían ser revisadas conforme a diferentes estándares constitucionales en función del nivel de gobierno que las implementara y, en tercer lugar, qué tipo de razones resultaban suficientes para justificar su adopción. Por lo que se refiere al nivel de escrutinio aplicable, en el caso *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995) el sector más conservador logró articular una mayoría absoluta a favor de la aplicación del escrutinio estricto a toda clasificación racial, con independencia de sus propósitos y efectos. Además, esclareció que dicho estándar debe ser el mismo sin importar si tales clasificaciones son adoptadas por las autoridades estatales o federales. Desde entonces hasta ahora todas las acciones positivas cuya constitucionalidad se ha impugnado ante la

Corte Suprema han sido sometidas al test de escrutinio estricto. Algunos magistrados, recogiendo el testigo de Thurgood Marshall y William J. Brennan, han mostrado su oposición al sometimiento de estas medidas a esta forma de escrutinio y han denunciado que esta doctrina presupone una intolerable equiparación constitucional y moral entre las tradicionales formas de discriminación contra las minorías y las medidas diseñadas para la superación de las consecuencias de un pasado discriminatorio. Esta postura ha sido firmemente defendida, en especial, por Ruth Bader Ginsburg y Stephen B. Breyer. No obstante, en el último caso sobre la constitucionalidad de las acciones positivas que la Corte Suprema ha conocido, *Fisher v. University of Texas*, resuelto en el año 2016, incluso estos dos magistrados han aceptado su sometimiento al escrutinio estricto, una importante derrota para los defensores del principio anti-subordinación.

No obstante lo dicho, son muchos los autores, conservadores y progresistas, que han puesto de manifiesto que el escrutinio estricto que la Corte Suprema ha empleado a las acciones positivas no es perfectamente equiparable al test de escrutinio estricto que se aplica contra las clasificaciones raciales perjudiciales para las minorías. Bajo la misma fórmula retórica, la Corte se ha mostrado más deferente con el empleo de acciones positivas por parte de las autoridades estatales de lo que se ha mostrado cuando han sido sometidas a su revisión formas tradicionales de discriminación. Tal y como han puesto de manifiesto en fechas recientes autores como OWEN FISS, REVA B. SIEGEL y JACK M. BALKIN, probablemente lo que explica esta mayor deferencia es que quienes ocupan una posición intermedia entre los bloques conservador y liberal dentro de la Corte – como ha sido el caso de magistrados como John Paul Stevens, Sandra O'Connor o Anthony Kennedy, cuyos votos han resultado definitivos para inclinar el fallo de la Corte a favor o en contra de los programas de acción positiva – han sido conscientes de la injusticia y el sinsentido de equiparar por completo el trato constitucional de las clasificaciones raciales discriminatorias tradicionales y las nuevas formas de clasificación racial dispuestas a favor de los grupos discriminados.

Por lo que se refiere a los objetivos que pueden perseguir las acciones positivas, la Corte Suprema se ha mostrado cada vez más restrictiva, hasta defender que únicamente la corrección de actuaciones discriminatorias concretas perpetradas en el pasado puede dar lugar a la adopción de este tipo de medidas. Esta restricción ha suscitado las críticas de los magistrados más progresistas, que han manifestado reiteradamente que los poderes democráticamente elegidos debían gozar de una mayor libertad a la hora de orientar sus

políticas públicas antidiscriminatorias. No obstante, a partir de los años noventa se ha impuesto en la jurisprudencia constitucional la posición defendida por las voces más conservadoras en los años previos, de tal forma que objetivos como la reparación de los efectos generales de la discriminación pasada, la corrección de la infrarrepresentación de las minorías en determinados sectores o el incremento de su presencia en posiciones desde las cuales sus miembros puedan servir de ejemplo para las generaciones futuras han sido considerados insuficientes para justificar el recurso a estas medidas. La excepción a estas exigentes limitaciones se ha producido en el ámbito de la enseñanza superior, donde durante las dos últimas décadas la Corte ha sostenido que la diversidad del estudiantado puede considerarse un *compelling interest*. La magistrada que mayor influencia ha tenido en la construcción de esta doctrina ha sido Sandra O'Connor. La concepción de la diversidad que O'Connor ha introducido en algunos precedentes claves como el caso *Grutter v. Bollinger*, resuelto en 2003, vincula este objetivo con intereses como la conformación de una ciudadanía democrática, el acceso de miembros de todos los grupos raciales a la enseñanza superior y su participación en la vida pública de la nación, y el refuerzo de la confianza ciudadana en que cualquier persona, con independencia de su identidad racial, puede ocupar posiciones de liderazgo e influencia. Esta noción de la diversidad implica, por tanto, el reconocimiento de la importancia de construir un futuro integrado en una sociedad aún desigual y aún fragmentada por motivos raciales. En definitiva, una vez más, la jurisprudencia de la Corte, pese a mantener el discurso anti-clasificación en la interpretación del principio de la igualdad, muestra influencias de los mismos valores y preocupaciones que dan forma al modelo anti-subordinación. No es sorprendente, por ello, que magistrados como Antonin Scalia, Clarence Thomas, John G. Roberts y Samuel A. Alito no hayan apoyado sentencias como *Grutter v. Bollinger* o *Fisher v. University of Texas*, en las que jugó un papel fundamental esta noción de la diversidad del estudiantado.

7. La doctrina del escrutinio estricto se caracteriza hoy por invertir la carga de la prueba en favor de quien impugna la actuación estatal, la exigencia de un interés gubernamental persuasivo y un vínculo estrecho entre este interés y la actuación impugnada. Tal y como se ha puesto de manifiesto el presente trabajo, en contra de lo sostenido por la mayoría de la Corte Suprema en su jurisprudencia más reciente sobre las acciones positivas, la fórmula moderna del escrutinio estricto no se empleó en los casos

Hirabayashi (1943) y Korematsu (1944) contra Estados Unidos, ni tampoco en los casos Brown (1954) y Bolling v. Sharpe (1954), a pesar de que todos ellos emplearan una retórica próxima a esta herramienta y ello pueda inducir a confusión. Las primeras ocasiones en las que la Corte Suprema empleó un test equiparable a lo que hoy entendemos por escrutinio estricto en la revisión de clasificaciones raciales fueron los casos McLaughlin v. Florida (1964) y Loving v. Virginia (1967), que declararon inconstitucional la prohibición de la convivencia y el matrimonio interracial. En ambos casos las clasificaciones raciales examinadas resultaban estigmatizantes para los afroamericanos y tenían por objetivo perpetuar su situación de subordinación dentro de la sociedad norteamericana. En el caso Loving la Corte Suprema de forma expresa otorgó relevancia a esta realidad, vinculando la declaración de inconstitucionalidad a que la prohibición de los matrimonios interraciales era una medida *diseñada para mantener la supremacía blanca*. Si de estos casos ha de extraerse una conclusión sobre el sentido original de la aplicación del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales por parte de la Corte Warren, no puede ser otra que la afirmación de que el escrutinio estricto sirvió en esta etapa como una herramienta pensada para desterrar del ordenamiento las normas que perpetuaban el sistema de castas raciales que aún marcaba la realidad estadounidense. En este sentido, resultan particularmente convincentes los trabajos de REVA B. SIEGEL y BRUCE ACKERMAN. Esta interpretación, además, tal y como ha subrayado MICHAEL KLARMAN, es la que mejor encaja con el lugar de estos casos en la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta etapa.

Dado el sentido de la aplicación del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales por parte de la Corte Warren, someter las acciones positivas a esta forma de escrutinio es contrario al uso que se hizo de ella en los años sesenta. Resulta, además, contrario a la explicación tradicional que se ha hecho de la posición del magistrado Stone en el emblemático caso United States v. Carolene Products Co. Tal y como han defendido autores como BRENT E. SIMMONS, DARREN HUTCHINSON, JED RUBENFELD y JACK M. BALKIN, el razonamiento que subyace al sometimiento de las acciones positivas al escrutinio estricto invierte la lógica protectora que defendió Stone convirtiendo una herramienta de protección de las minorías *discretas e insulares* en un instrumento al servicio de los intereses de la mayoría dominante.

Muchos autores han defendido también que aplicar una presunción de inconstitucionalidad de toda clasificación racial con independencia de sus fines resulta

contrario a la intención de quienes promulgaron la Decimocuarta Enmienda. Tomar una posición determinante al respecto exigiría un estudio histórico profundo del periodo de la Reconstrucción, una cuestión que excede los propósitos de esta investigación. No obstante, al menos tres elementos hacen plausible la tesis de estos autores: el trabajo exhaustivo de ERIC SCHNAPPER, que ha defendido que los padres de esta enmienda tenían por objetivo dar un respaldo constitucional a la legislación federal orientada a la integración de los afroamericanos, la propia evolución legislativa del Congreso federal tras la adopción de la Decimocuarta Enmienda, que puso en marcha varios planes preferenciales para los esclavos liberados, y la falta de trabajos de un rigor comparable al de SCHNAPPER que hayan defendido la tesis contraria.

8. El estudio realizado sobre la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en relación con el empleo de acciones positivas en la enseñanza superior, un escenario singularmente polémico, pone de manifiesto algunos factores que es importante destacar. Por un lado, la caracterización de la diversidad del estudiantado como un *compelling interest* ha facilitado la supervivencia de numerosos programas de acción positiva en las universidades, favoreciendo la integración de algunas minorías raciales en sectores de los que tradicionalmente habían sido excluidas. Por otro, no obstante, el tratamiento que la Corte Suprema ha hecho del empleo de preferencias raciales en este ámbito plantea algunos problemas. En primer lugar, el objetivo de la diversidad se ha demostrado difícil de definir, cuando no imposible, con la claridad que requiere habitualmente el estándar del escrutinio estricto. En segundo lugar, el hecho de que las universidades hagan girar el diseño de sus sistemas de admisión *race-conscious* en torno a la obtención de la diversidad ha restado protagonismo a otros objetivos como la erradicación de los vestigios del sistema Jim Crow, o la mejora del estatus sociopolítico y económico de los grupos en situación de subordinación; objetivos que, como ha demostrado la corriente anti-subordinación, tienen una mayor vinculación con la finalidad nuclear de la cláusula de igual protección. En tercer lugar, la interpretación que la Corte Suprema ha hecho del requisito del *narrow tailoring* en estos casos ha promovido que las universidades describan de forma poco transparente el peso concreto que la raza juega en los procesos de selección de estudiantes. Ello dificulta la fiscalización judicial del funcionamiento de las preferencias raciales empleadas y la posibilidad de mantener un debate ciudadano con información completa sobre la idoneidad del empleo de acciones positivas en este ámbito.

Por último, la Corte no ha cuestionado en ningún momento el impacto desproporcionadamente perjudicial de sus pruebas estandarizadas de admisión en las minorías raciales. En consecuencia, ha dado a entender que los criterios de admisión son perfectamente objetivos, y que la diversidad y la excelencia académica son objetivos incompatibles. Considero que la Corte ha perdido la oportunidad de revisar su posición acerca de la extensión de la doctrina del *disparate impact* a la interpretación constitucional. Ello, una vez más, habría contribuido a impulsar un debate ciudadano más honesto sobre los problemas que impiden a las minorías raciales acceder a la educación universitaria en ausencia de políticas preferenciales.

9. La apuesta de la Corte Suprema por los programas de acción positiva que persiguen la diversidad del estudiantado y ocultan en la medida de lo posible el verdadero impacto que la raza tiene en sus procesos de selección de estudiantes podría ser el resultado de la adhesión de algunos magistrados a un nuevo modelo de interpretación de la discriminación: la perspectiva anti-balcanización. Esta perspectiva ha sido descrita por autores como REVA B. SIEGEL, ROBERT C. POST, NEIL S. SIEGEL y SAMUEL ISSACHAROFF, que han puesto de manifiesto que la concepción binaria del debate sobre la interpretación de la cláusula de igual protección como un enfrentamiento entre las corrientes anti-clasificación y anti-subordinación ha sido superada. En concreto, REVA B. SIEGEL atribuye este nuevo enfoque a los magistrados que generalmente ocupan una posición intermedia entre los bloques conservador y liberal: Lewis F. Powell, Sandra Day O'Connor y Anthony Kennedy.

A diferencia del modelo anti-clasificación, fuertemente individualista y centrado en evitar los daños derivados del empleo de clasificaciones arbitrarias, y del modelo anti-subordinación, centrado en proteger a los grupos históricamente discriminados y mejorar su estatus socioeconómico y político, este nuevo modelo interpretativo de la igualdad constitucional persigue el mantenimiento y la promoción de la cohesión social. La perspectiva anti-balcanización muestra algunas similitudes con los modelos anti-clasificación y anti-subordinación, pero también importantes diferencias que le confieren una identidad propia. Comparte con el modelo anti-subordinación la atención al contexto histórico y la realidad social en la que opera el Derecho, razón por la cual rechaza la equiparación a efectos constitucionales de cualquier clasificación racial. Esta perspectiva reconoce el impacto del pasado discriminatorio en el presente y la necesidad de corregirlo

para lograr construir una sociedad integrada. No obstante, a diferencia del modelo anti-subordinación, considera que la aplicación de la cláusula de igual protección obliga también a tener en cuenta el impacto perjudicial de las preferencias raciales para los miembros de la mayoría dominante, así como su potencial para agravar los conflictos entre los distintos grupos raciales existentes hoy en los Estados Unidos. Ello acerca a los partidarios de este modelo a los planteamientos de los seguidores del modelo anti-clasificación. Desde esta perspectiva, tanto las clasificaciones raciales abiertamente perjudiciales para los grupos desfavorecidos como las formas más extremas de acción positiva acentúan las hostilidades raciales y fragmentan la sociedad. En consecuencia, ambas merecen un reproche constitucional.

A diferencia de los modelos anti-clasificación y anti-subordinación, que hunden sus raíces en una etapa histórica en la que los jueces tenían un papel protagonista en la reivindicación de la igualdad, la perspectiva anti-balkanización ha surgido en un momento diferente, buscando delimitar el papel que los tribunales han de jugar a la hora de revisar los esfuerzos que desde los poderes legislativo y ejecutivo se realizan para rectificar las desigualdades raciales. La perspectiva anti-balkanización asume que la reparación de los problemas raciales es una labor fundamentalmente política, en la que son las instituciones representativas las que han de marcar el rumbo y los jueces han de limitarse a contener aquellas políticas que amenacen con acentuar la conflictividad racial.

**10.** Los problemas estudiados a lo largo de este trabajo – el proceso de desegregación escolar, la lucha contra las consecuencias de la segregación en el ámbito del empleo y la expansión las acciones positivas en diferentes sectores – ponen de manifiesto que el modelo anti-subordinación de interpretación de la cláusula de igual protección permite a los tribunales de justicia dar una respuesta más eficaz frente a la discriminación racial que el modelo anti-clasificación.

Por un lado, la doctrina seguida por la Corte Suprema desde los años setenta, fuertemente influida por el modelo anti-clasificación, no da una respuesta satisfactoria a algunas actuaciones que perpetúan la situación de subordinación de los afroamericanos y otras minorías raciales sin adoptar la forma de clasificaciones raciales, salvo que pueda demostrarse que obedecen a un ánimo de perjudicar a estos grupos. Tal y como han señalado autores como ALAN FREEMAN, CHARLES LAWRENCE III o LAURENCE



TRIBE, el racismo es un fenómeno complejo que no se manifiesta única ni predominantemente en forma de actos abierta y deliberadamente hostiles contra las minorías raciales, y la doctrina constitucional debe dotarse de las herramientas necesarias para combatirlo.

Por otro lado, el empleo del escrutinio estricto para revisar la constitucionalidad de las acciones positivas, además de resultar contrario a la finalidad original de esta doctrina y difícilmente compatible con la intención de los responsables de la promulgación de la Decimocuarta Enmienda, no ha conducido a la jurisprudencia objetiva y despojada de consideraciones valorativas que defienden los defensores de la corriente anti-clasificación. La determinación de aspectos cruciales en esta jurisprudencia como qué intereses pueden justificar la adopción de estas medidas, qué estándar probatorio han de satisfacer las autoridades para demostrar la existencia de la discriminación que se pretende corregir, o cuáles son las consecuencias concretas que se derivan de exigir la necesidad del empleo de una clasificación racial obedecen a juicios de valor que implican una toma de postura sustantiva por parte de los magistrados. A diferencia del principio anti-clasificación, el principio anti-subordinación sí orienta el sentido de tales juicios y aportaría de esta forma consistencia y claridad a las decisiones judiciales.

La asimetría de la protección garantizada por el principio anti-subordinación, lejos de ser una muestra de parcialidad contraria a la exigencia de neutralidad de los principios jurídicos, como han defendido algunos de sus detractores, es coherente con la vocación con la que nació la Decimocuarta Enmienda: el deseo de superar las consecuencias del ignominioso legado del régimen esclavista y proteger a aquellas personas que, por razón de su raza, habían sido víctimas de la opresión. Siglo y medio después, aún se observan importantes diferencias entre la calidad de vida y las condiciones de ejercicio de derechos tan básicos como la educación entre los distintos grupos raciales que componen la nación estadounidense. Una sociedad comprometida con el ideal de igualdad debe hacerse cargo de estas desigualdades, y una interpretación formalista de la igualdad como una exigencia de neutralidad se ha demostrado estéril en la lucha contra el racismo. Cuarenta y cinco años después de la resolución del caso Bakke, las palabras del magistrado Harry A. Blackmun aún mantienen su vigencia: *para superar el racismo, es imprescindible que tengamos en cuenta la raza. No hay otra manera.*



**En cumplimiento de la normativa de la Universidad de Salamanca sobre la elaboración de tesis doctorales que aspiran a la Mención de Doctorado Intencional, acompañamos las conclusiones apenas expuestas de un resumen en inglés de los aspectos más relevantes de este trabajo:**

1. *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) was a landmark case that marks the beginning of the modern equal protection doctrine. However, the deliberately ambiguous language used by the Supreme Court in that precedent lead to a significant disagreement over its true meaning – particularly, there is still a heated controversy over which was the *ratio decidendi* that lead the Court to declare the unconstitutionality of school segregation. The most plausible hypothesis is that the main purpose of the Court was to prohibit those racial classifications that had the effect of reinforcing the racial caste system that emerged from slavery and was later sustained by the Jim Crow legislation. This hypothesis refutes the account of those who argue that the anti-classification perspective is rooted in the legacy of the Warren Court and the civil rights movement revindications, and reinforces the arguments of the anti-subordination theorists.

2. During the sixties, the Warren Court declared in its jurisprudence regarding the school desegregation of the South that those decisions made by the state authorities with the purpose of ensuring the persistence of the dual school system were unconstitutional, even when they did not employ a racial classification to that end. The Supreme Court also declared that school boards were charged with the affirmative duty to take whatever steps might be necessary to convert to a unitary system. The Court made it clear that the employment of race-conscious actions in some instances was not only legitimate but compulsory to that end. Implicitly, the Warren Court rejected a strictly color-blind interpretation of the equal protection clause.

3. The Warren Court never declared *de facto* segregation unconstitutional *per se*. It held that the obligation to integrate the educational system arose only where a *segregative intent* could be found. However, some elements of its jurisprudence – particularly, its broad interpretation of the *segregative intent* and its flexible approach to appreciate a positive responsibility of the authorities in correcting the racial imbalance in their schools – indicate that the true motivation of the Supreme Court during the 1960s was to combat the harmful effects on African American students of formally neutral government decisions, regardless of their purpose. This trend would be reversed in the

1970s, coinciding with changes in the composition of the Court that occurred during the presidency of Richard Nixon.

4. Washington v. Davis case, decided by the Supreme Court in 1976, was a landmark ruling in which the Court found that laws or other official acts that had a racially disproportionate impact did not automatically become constitutional violations. It rejected the introduction of the *disparate impact doctrine* established in Griggs v. Power Company (1971) into the constitutional doctrine. Thus, *discriminatory purpose* became not only a sufficient requirement to establish a constitutional violation, but necessary one – at least in the absence of an explicit racial classification. In Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney (1979), the Court made a particularly restrictive interpretation of the *discriminatory purpose* requirement, stating that it implied more than intent as *volition* of intent as *awareness of consequences*; it implied that the decisionmaker selected or reaffirmed a particular course of action at least in part *because of*, not merely *in spite of*, its adverse effects upon an identifiable group. This *intent doctrine*, which is still in force today, hinders the fight against discrimination in the judicial arena.

5. Starting in the 1970s, affirmative action gained prominence in the constitutional debate. The debate on its constitutionality is the setting where the anti-classification and anti-subordination theories reached their full development. The former interprets the equal protection clause as a principle of means-ends rationality which prohibits those classifications based on arbitrary criteria such as race. According to the latter, the equal protection clause should be understood as an asymmetric protection mandate in favor of certain groups that have historically been discriminated against and currently occupy a subordinate position to others. The equal protection clause would then only prohibit legislative classifications based on race if they accentuate or contribute to maintaining the subordinate status of these groups. The equal protection clause would prohibit as well those race-neutral governmental decisions that have this subordinating effect.

6. The Supreme Court has never explicitly embraced the anti-subordination principle. Its jurisprudence has been dominated by the framework proposed by the anti-classification theory. Therefore, the Supreme Court has held that it is the individual who is entitled to judicial protection against classifications based upon his race because such distinctions impinge upon personal rights, rather than the individual only because of his membership in a particular group. The individual right to an equal protection of the laws has been understood as a universal right to equal treatment that protects any person

against arbitrary decision-making by public authorities. However, at no point has the Court accepted the most extreme version of the anti-classification principle; no majority of justices has ever been willing to read an imperative of strict color-blindness into the equal protection clause. Additionally, while the Court's rhetoric has formally remained within the anti-classification framework, the concerns that led to the formulation of the anti-subordination principle – the subordinate status of certain groups – have sometimes had a decisive influence on its reasoning. The Supreme Court's jurisprudence on the constitutionality of affirmative action reflects these twofold influences.

7. Applying scrutiny to affirmative action is against the original concern about the particular position that *discrete and insular* minorities occupy in the democratic process that prompted the development of the strict scrutiny doctrine in the first place. The application of strict scrutiny to affirmative action also stands in sharp contrast with the logic underlying the concrete utilization of this doctrine made by the Warren Court. A doctrine which was initially conceived for the protection of minority groups from actions of the representative government than reflected prejudice has turned into a useful tool for the protection of the interests of the dominant majority.

8. Due to the characterization of student diversity as a *compelling interest*, many affirmative action programs have survived judicial scrutiny over the last two decades. All these programs have contributed to increase the presence of minority students in higher education. However, the Supreme Court's treatment of the use of racial preferences in this context raises some problems: it diverts attention from other goals such as improving the socio-political and economic status of historically discriminated racial minorities; makes it difficult for the courts to know which role does race actually play in student selection processes; and it assumes that academic excellence and diversity are at odds with one another, instead of critically reviewing the allegedly meritocratic parameters traditionally used in student admissions.

9. The Supreme Court's support for affirmative action programs that pursue student diversity and conceal the true weight that race has on their student selection processes may be the result of the emergence of a new perspective on equal protection in the opinions of swing justices that some authors have termed *the anti-balkanization perspective*. This perspective focuses mainly on the protection and promotion of social cohesion in a racially fragmented society.

**10.** The issues studied throughout this work – the process of school desegregation, the fight against the consequences of segregation in employment, and the expansion of affirmative action – demonstrate that the anti-subordination principle is more useful than the anti-classification principle as a tool for the judicial interpretation of the equal protection clause. The anti-subordination principle allows the courts to provide a more effective response to racial discrimination.

## BIBLIOGRAFÍA

- Capítulo I

ACKERMAN, B. (2006) Oliver Wendell Holmes Lectures. The living Constitution. Lecture two: the civil rights revolution, *Harvard Law Review*, vol. 120, n.7.

ACKERMAN, B. (2014) *We the people, Volume III: The civil rights revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press.

AUSTIN, S. (1997) *Race, Law, and Culture: Reflections on Brown v. Board of Education*, Oxford University Press.

BALKIN, J. M. (2002) *What Brown v. Board of Education should have said: The Nation's top legal experts rewrite America's landmark civil rights decision*, New York University Press.

BARTLEY, N. V. (1999) *The Rise of Massive Resistance: Race and Politics in the South during the 1950's*, Louisiana State University Press.

BELL, D. A. (1980) Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma, *Harvard Law Review*.

BERGER, M. (1957) Desegregation, Law and Social Science. What was the basis of the Supreme Court's decision? *Commentary*, vol. 24.

BICKEL, A. M. (1955) The Original Understanding and the Segregation Decision, *Harvard Law Review*, vol. 69, n. 1.

BICKEL, A. M. (1964) The Decade of School Desegregation Progress and Prospects, *Columbia Law Review*, vol. 64, n. 2.

BICKEL, A. M. (1986) *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press.

BLACK, C. L. (1960) The lawfulness of the segregation decisions, *The Yale Law Journal*, vol. 69.

BLACK, C. L. (1970) The unfinished business of the Warren Court, *Washington Law Review*, vol. 46, n. 3.

BORINSKI, E. (1953) A legal and sociological analysis of the segregation decision of May 17, 1954, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 15.

BORINSKI, E. (1955) The emerging case law in the segregation decisions of the Supreme Court of May 17, 1954, and May 31, 1955: Its Crystallization and Trends, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 17.

CAHN, E. (1955) Jurisprudence, *New York University Law Review*, vol. 30, n. 1.

CARTER, R. L. (1964) De facto school segregation: An examination of the legal and constitutional questions presented, *Western Reserve Law Review*, vol. 16.

- CARTER, R. L. (1968) The Warren Court and desegregation, *Michigan Law Review*, vol. 67, n. 2.
- CARTER, R. L. & MARSHALL, T. (1955) The meaning and significance of the Supreme Court decree, *The Journal of Negro Education*, vol. 24, n. 3.
- DERRICK, B. (1975) The burden of Brown on Blacks: History-based observations on a landmark decision, *North Carolina Central Law Review*, vol. 7, n. 1.
- ELMAN, P. & SILBER, N. (1978) The Solicitor General's Office, Justice Frankfurter, and civil rights litigation, 1946-1960: An oral history, *Harvard Law Review*, vol. 100, n. 4.
- ENTIN, J. L. (1986) Sweatt v. Painter, the end of segregation, and the transformation of Education Law, *Review of Litigation*, vol. 5.
- GARFINKEL, H. (1959) Social Science evidence and the school segregation cases, *The Journal of Politics*, vol. 21, n. 1.
- GIVENS, R. A. (1960) The impartial constitutional principles supporting Brown v. Board of Education, *Howard Law Journal*, vol. 6.
- GUNTHER, G. (1991) *Constitutional Law*, The Foundation Press Inc.
- HEYMAN, I. M. (1961) The Chief Justice, racial segregation, and the friendly critics, *California Law Review*, vol. 49.
- HILL, H. & JONES, J. (Eds.) (1993) *Race in America: the struggle for equality*, University of Wisconsin Press.
- HORWITZ, M. J. (1993) The Warren Court and the pursuit of Justice, *Washington & Lee Law Review*, vol. 50.
- HUTCHINSON, D. J. (1979) Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958, *Georgetown Law Journal*, vol. 68.
- KAUPER, P. G. (1953) Segregation in public education: The decline of Plessy v. Ferguson, *Michigan Law Review*, vol. 52.
- KAUPER, P. G. (1961) The Supreme Court and the Rule of Law, *Michigan Law Review*, vol. 59, n.4.
- KELLEHER, D. T. (1971) The case of Lloyd Lionel Gaines: The demise of the separate but equal doctrine, *The Journal of Negro History*, vol. 56, n. 4.
- KLARMAN, M. (1991) An Interpretive History of Modern Equal Protection, *Michigan Law Review*, vol. 90, n. 2.
- KLARMAN, M. J. (1991) The puzzling resistance to *Political Process Theory*, *Virginia Law Review*, vol. 77, n. 4.
- KLARMAN, M. J. (1994) Brown, Racial change, and the Civil Rights Movement, *Virginia Law Review*, vol. 80, n. 1.



- KLARMAN, M. J. (1995) Response: Brown, Originalism, and Constitutional Theory: A Response to Professor McConnell, *Virginia Law Review*, vol. 81, n. 7.
- KLARMAN, M. J. (2004) *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*, Oxford University Press.
- KLARMAN, M. J. (2005) Brown and Lawrence (and Goodridge), *Michigan Law Review*, vol. 104.
- KLARMAN, M. J. (2007) *Brown v. Board of Education and the civil rights movement*, Oxford University Press.
- KLUGER, R. (2004) *Simple Justice: The History of Brown V. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Vintage.
- KULL, A. (2009) *The color-blind Constitution*, Harvard University Press.
- KURLAND, P.B. (1979) Brown v. Board of Education was the Beginning - The School Desegregation Cases in the United States Supreme Court: 1954-1979, *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, n. 2.
- MCCONNEL, M. W. (1995) Originalism and the desegregation decisions, *Virginia Law Review*.
- MODY, S. (2002) Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court's Quest for Legitimacy, *Stanford Law Review*, vol. 54, n. 4.
- PATTERSON, J. T. (2001) *Brown V. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford University Press.
- PATTERSON, J. T. (2004) Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement, *Stetson Law Review*, vol. 34.
- POLLAK, L. H. (1957) Mr. Justice Frankfurter: judgement and the Fourteenth Amendment, *Yale Law Journal*, vol. 67.
- POLLAK, L. H. (1957) The Supreme Court Under Fire, *Journal of Public Law*, vol. 6.
- POLLAK, L. H. (1959) Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 108, n.1.
- POWE, L.A. (2000) *The Warren Court and American Politics*, The Belknap Press of Harvard University Press.
- ROSENBERG, G. N. (1991) *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* The University Of Chicago Press.
- ROSENBERG, G. N. (1994) Brown Is Dead! Long Live Brown!: The Endless Attempt to Canonize a Case, *Virginia Law Review*, vol. 80, n. 1.
- SCHWARTZ, B. (1986) *Swann's Way: The School Busing Case and the Supreme Court*, Oxford University Press.
- SCHWARTZ, B. (1993) *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press.

- SIEGEL, R. B. (2004) Equality talk: antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over Brown, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5.
- SKELLY WRIGHT, J. (1965) Public School Desegregation: Legal Remedies for De Facto Segregation, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 16.
- STEFKOVICH, J. A. & LEAS, T. (1994) A legal history of desegregation in higher education, *The Journal of Negro Education*, vol. 63, n. 3.
- STRAUSS, D. A. (1989) Discriminatory intent and the taming of brown. The *University of Chicago Law Review*, vol. 56, n.3.
- STRAUSS, D.A. (2010) *The living Constitution*, Oxford University Press.
- TUSHNET, M. (1983) Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, *Harvard Law Review*, vol. 96.
- TUSHNET, M. (1986) Reflections on the Role of Purpose in the Jurisprudence of the Religion Clauses, *William & Mary Law Review*, vol. 27, n. 4.
- TUSHNET, M. (1994) *Making civil rights law: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961*, Oxford University Press.
- TUSHNET, M. (1994) The Significance of Brown v. Board of Education, *Virginia Law Review*, vol. 80, n. 1.
- TUSHNET, M. (1995) *Brown v. Board of Education. The battle for integration*, Watts.
- TUSHNET, M. y LEZIN, K. (1991) What Really Happened in Brown v. Board of Education, *Columbia Law Review*, vol. 91, n. 8.
- VAN DEER HAAG, E. (1961) Social science testimony in the desegregation cases – a reply to Professor Kenneth Clark, *Villanova Law Review*, vol. 6.
- WEBB, C. (Ed) (2005) *Massive resistance. Southern opposition to the second reconstruction*, Oxford University Press.
- WECHSLER, H. (1959) Toward Neutral Principles of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, vol. 73, n. 1.
- WILKINSON III, H. J. (1978) The Supreme Court and southern school desegregation, 1955-1970: A history and analysis, *Virginia Law Review*.
- WILKINSON III, H. J. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School integration: 1954-1978*, Oxford University Press.

- Capítulo II

(1971) The Supreme Court Term, *Harvard Law Review*, vol. 85.

ACKERMAN, B. (2007) The Living Constitution, *Harvard Law Review*, vol. 120, n. 7.

BELL, D. (2004) *Silent covenants: Brown v. Board of education and the unfulfilled hopes for racial reform*, Oxford University Press.

BICKEL, A. M. (1964) The Decade of School Desegregation Progress and Prospects, *Columbia Law Review*, vol. 64, n. 2.

CARTER, R. L. (1965) De Facto School Segregation: An Examination of the Legal and Constitutional Questions Presented, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 16.

DAUGHERTY, B. J. & BOLTON, C. C. (Eds.) (2008) *With all deliberate speed: Implementing Brown v. Board of Education*, University of Arkansas Press.

DIMOND, P. R. (1972) School segregation in the north: There is but one constitution, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 7, n.1.

DUNN, J. R. (1967) Title VI, the Guidelines and School Desegregation in the South, *Virginia Law Review*, vol. 53, n. 1.

FISS, O. (1965) Racial Imbalance in the Public Schools: The Constitutional Concepts, *Harvard Law Review*, vol. 78, n. 3.

FISS, O. (1971) The Charlotte-Mecklenburg Case: Its Significance for Northern School Desegregation, *The University of Chicago Law Review*, vol. 38, n. 4.

FISS, O. (1974) School Desegregation: The Uncertain Path of the Law, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, n. 1.

FISS, O. (1974) The Fate of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade after Brown v. Board of Education, *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, n. 4.

FREEMAN, A. D. (1977) Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: A critical review of Supreme Court doctrine, *Minnesota Law Review*, vol. 62.

GARROW, D. J. (2000) Visionaries of the Law: John Minor Wisdom and Frank M. Johnson, Jr., *The Yale Law Journal*, vol. 109, n. 6.

GATES, R. L. (2014) *The making of massive resistance: Virginia's politics of public school desegregation, 1954-1956*, University of North Carolina Press.

GORDON, W. M. (1994) The Implementation of Desegregation Plans Since Brown, *Journal of Negro Education*, vol. 63, n.3.

GRAGLIA, L. (1976) *Disaster by decree: The Supreme Court decisions on race and the schools*, Cornell University Press.

JEFFRIES, J. C. Jr. (2001) *Justice Lewis F. Powell, Jr.: A Biography*, Fordham University Press.

- KAPLAN, J. (1963-1964) Segregation litigation and the school. Part II: The general northern problem, *Northwestern University Law Review*, vol. 58, n.2.
- KLARMAN, M. J. (1991) An interpretative History of Modern Equal Protection, *The Michigan Law Review Association*, vol. 90, n. 2.
- KULL, A. (1992) *The color-blind Constitution*, Harvard University Press.
- KURLAND, P. B. (1979) Brown v. Board of Education was the Beginning - The School Desegregation Cases in the United States Supreme Court: 1954-1979, *Washington University Law Quarterly*, vol. 1979, n. 2.
- MASLOW, W. (1961) De Facto Public School Segregation, *Villanova Law Review*, vol. 6.
- MEADOR, D. J. (1959) The Constitution and the Assignment of Pupils to Public Schools, *Virginia Law Review*, vol. 45, n. 4.
- ORFIELD, G. (1983) *Public school desegregation in the United States, 1968-1980*, Joint Center for Political Studies.
- PATTERSON, J. T. (2001) *Brown V. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford University Press.
- SCHWARTZ, B. (1986) *Swann's Way: The School Busing Case and the Supreme Court*, Oxford University Press.
- SEDLER, R. A. (1962) Conditional, Experimental and Substitutional Relief, *Rutgers Law Review*, vol. 16.
- SEDLER, R. A. (1963) School Segregation in the North and West: Legal Aspects, *Louis University Law Journal*, vol. 7.
- SIEGEL, R. B. (2004) Equality talk: antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over Brown, *Harvard Law Review*, vol. 117, n.5.
- SIEGEL, R. B. (2013) The Supreme Court 2012 Term. Foreword: equality divided, *Harvard Law Review*.
- SKELLY WRIGHT, J. (1965) Public School Desegregation: Legal Remedies for De Facto Segregation, *New York University Law Review*, vol. 40.
- TRIBE, L. (1988) *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc.
- TUSHNET, M. (1992) Symposium: Brown v. Board of Education and its legacy: A tribute to Justice Thurgood Marshall, Public Law litigation and the ambiguities of Brown, *Fordham Law Review*, vol. 61.
- WILKINSON III, H. J. (1978) The Supreme Court and southern school desegregation, 1955-1970: A history and analysis, *Virginia Law Review*.
- WILKINSON III, H. J. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School integration: 1954-1978*, Oxford University Press.

- Capítulo III

BALKIN, J. M. (1992) Ideological drift and the struggle over meaning, *Connecticut Law Review*, vol. 25.

BELTON, R. (1975) Title VII of the Civil Rights Act of 1964: A Decade of Private Enforcement and Judicial Developments, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 20.

BELTON, R. (1978) A comparative review of public and private enforcement of the Title VII of the Civil Rights Act of 1964, *Vanderbilt Law Review*, vol. 31.

BELTON, R. (2005) Title VII at Forty: A Brief Look at the Birth, Death, and Resurrection of the Disparate Impact Theory of Discrimination, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, vol. 22.

BELTON, R. (2014) *The Crusade for Equality in the Workplace: The Griggs v. Duke Power Story*, University Press of Kansas.

BINION, G. (1983) "Intent" and Equal Protection: A Reconsideration, *The Supreme Court Review*, vol. 1983.

BLUMROSEN, A. W. (1969) Seniority and Equal Employment Opportunity: A Glimmer of Hope, *Rutgers Law Review*, vol. 23.

BLUMROSEN, A. W. (1972) Strangers in paradise: Griggs v. Duke Power Co. and the concept of employment discrimination, *Michigan Law Review*, vol. 71.

BLUMROSEN, A. W. (1987) The Legacy of Griggs: Social Progress and Subjective Judgments, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 63.

BLUMROSEN, A. W. (1993) *Modern Law: the Law transmission system and equal protection opportunity*, University of Wisconsin Press.

BREST, P. (1971) Palmer v. Thompson: an approach to the problem of unconstitutional legislative motive, *The Supreme Court Review*, vol. 1971.

BREST, P. (1976) The Supreme Court 1975 term. Foreword: in defense of the antidiscrimination principle, *Harvard Law Review*, vol. 90, n. 1.

BREST, P. et al. (2018) *Processes of constitutional decision making. Cases and materials*, Wolters Kluger.

CHEMERINSKY, E. (2015) *Constitutional Law. Principles and policies*, Wolters Kluger.

EISENBERG, T & LYNN JOHNSON, S. (1991) The effects of intent: do we know how legal standards work? *Cornell Law Faculty Publications*, vol. 76.

EPSTEIN, R. (1992) *Forbidden Grounds. The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press.

EYER, K. R. (2016) Ideological drift and the forgotten history of intent, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law*, vol. 51.

- FISS, O (1974) School Desegregation: The Uncertain Path of the Law, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, n. 1.
- FISS, O. (1976) Groups and the equal protection clause, *Philosophy & Public Affairs*.
- FISS, O. (2018) The accumulation of disadvantages, *California Law Review*, vol. 16.
- FLAGG, B. (1993) "Was Blind, but Now I See": White Race Consciousness and the Requirement of Discriminatory Intent, *Michigan Law Review*, vol. 91.
- FREEMAN, A. (1977) Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: A critical review of Supreme Court doctrine, *Minnesota Law Review*, vol. 62.
- FREEMAN, A. (1989) Antidiscrimination Law: the view from 1989, *Tulane Law Review*, vol. 64.
- GIRARDEAU, S. A. (2010) Disparate impact, *The Georgetown Law Journal*, vol. 98.
- GOLD, M. E. (1985) Griggs' folly: an essay on the theory, problems and origin of the adverse impact definition of employment discrimination and a recommendation for reform, *Industrial Relations Law Journal*, vol. 7, n. 4.
- GOULD, W. B. (1967) Employment Security, Seniority and Race: The Role of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, *Howard Law Journal*, vol. 13.
- GRAGLIA, L. (1976) *Disaster by decree: The Supreme Court decisions on race and the schools*, Cornell University Press.
- GRAGLIA, L. (1991) Title VII of the Civil Rights Act of 1964: From Prohibiting to Requiring Racial Discrimination in Employment, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 14, n. 1.
- GRAHAM, H. D. (1990) *The Civil Rights Era: origins and development of a national policy 1960-1972*, Oxford University Press.
- HANEY LÓPEZ, I (2012) Intentional blindness, *New York University Law Review*, vol. 87.
- HART ELY, J. (1970) Legislative and administrative motivation in Constitutional Law, *Yale Law Journal*, vol. 79.
- HUNTER, R. C. & SHOBEN, E. W. (1998) Disparate impact discrimination: american oddity or internationally accepted concept, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 19, n. 1.
- KAIRYS, D. (Ed.) (1997) *The Politics of Law: a progressive critique*, Basic Books.
- KARST, K. L. (1978) The Costs of Motive-Centered Inquiry, *San Diego Law Review*.
- KENNEDY, R. (2019) Reconsidering Palmer v Thompson, *The Supreme Court Review*, vol. 2018, n. 1.
- KLARMAN, M. (1991) An Interpretive History of Modern Equal Protection, *Michigan Law Review*, vol. 90, n. 2.

KLARMAN, M. J. (2004) *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Oxford University Press.

KULL, A. (1992) *The color-blind Constitution*, Harvard University Press.

LAWRENCE III, C. (1987) The Id, the Ego, and Equal Protection: reckoning with unconscious racism, *Stanford Law Review*, vol. 39, n. 2.

LAWRENCE III, C. (2007) Unconscious racism revisited: Reflections on the impact and origins of the id, the ego, and equal protection, *Connecticut Law Review*, vol. 40.

MALTZ, E. M. (1994) The Legacy of Griggs v. Duke Power Company: a case study in the impact of a modernist statutory precedent, *Utah Law Review*.

PERRY, M. J. (1977) The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, n. 3.

PERRY, P. L. (1991) Two faces of disparate impact discrimination, *Fordham Law Review*, vol. 59.

PLAYER, M. (1989) Is Griggs dead? Reflecting (fearfully) on Wards Cove Packing Company v. Atonio, *Florida State University Law Review*, vol. 17, n. 1.

PRIMUS, R. A. (2003) Equal protection and disparate impact: round three, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 2.

RUTHERGLEN, G. (1987) Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination, *Virginia Law Review*, vol. 73, n. 7.

SCHNAPPER, E. (1982) Two Categories of Discriminatory Intent, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 17.

SCHWEMM, R. G. (1977) From Washington to Arlington Heights and Beyond: Discriminatory Purpose in Equal Protection Litigation, *University of Illinois Law Forum*, vol. 1977, n. 4.

SELMI, M. (2006) Was the Disparate Impact Theory a Mistake? *UCLA Law Review*, vol. 53.

SIEGEL, R. B. (1977) Why equal protection no longer protects: The evolving forms of status-enforcing state action, *Stanford Law Review*.

SIEGEL, R. B. (2013) The Supreme Court 2012 Term. Foreword: Equality divided, *Harvard Law Review*.

SIMON, L. (1978) Racially prejudiced governmental actions: a motivation theory of the constitutional ban against racial discrimination, *San Diego Law Review*, vol. 15, n. 5.

STRAUSS, D. (1989) Discriminatory intent and the taming of Brown, *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, n.3.

TRIBE, L. (1988) *American Constitutional Law*, The Foundation Press.

WEINZWEIG, M. J. (1983) Discriminatory Impact and Intent under the Equal Protection Clause: the Supreme Court and the mind-body problem, *Law & Inequality*, vol. 1.

WILSON, H. S. (1972) A Second Look at Griggs v. Duke Power Company: ruminations on job testing, discrimination, and the role of the federal courts, *Virginia Law Review*, vol. 58, n. 5.

WILTSE, J. (2010) *Contested Waters: A Social History of Swimming Pools in America*, The University of North Carolina Press.

WRIGHT, T. W. (1971) Constitutional Law - State Action - Closing Rather Than Desegregating Recreational Facilities. Palmer v. Thompson, 91 S. Ct. 1940 (1971), *William & Mary Law Review*, vol. 13.



- Capítulo IV

(1982) 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship, *Harvard Law Review*, vol. 95, n. 7.

(1989) Legal Storytelling, *Michigan Law Review*, vol. 87.

ABRAM, M. B. (1985) Affirmative action: fair shakers and social engineers, *Harvard Law Review*, vol. 99.

ACKERMAN, B. (1985) Beyond Carolene Products, *Harvard Law Review*, vol. 98, n. 4.

ACKERMAN, B. (2014) *We the people, volume III: the civil rights revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press.

ALEINIKOFF, A. T. (1991) A Case for Race-Consciousness, *Columbia Law Review*, vol. 91, n. 5.

ALEINIKOFF, T. A. (1992) Re-reading Justice Harlan's dissent in Plessy v. Ferguson: Freedom, Antiracism, and Citizenship, *University of Illinois Law Review*.

ANDERSON, C.E. (1999) A current perspective: The erosion of affirmative action in university admissions, *Akron Law Review*, vol. 32,

ANDERSON, T. H. (2004) *The pursuit of fairness: A history of affirmative action*, Oxford University Press.

APPIAH, A. (1985) The uncompleted argument: Du Bois and the illusion of race, *Critical inquiry*, vol. 12, n. 1.

APPIAH, A. (1989) The conservation of "race", *Black American Literature Forum*, vol. 23, n. 1.

APPIAH, A. (1992) *In my father's House. Africa in the Philosophy of Culture*, Oxford University Press.

BALKIN, J. M. (2021) Korematsu as the Tribute that Vice Pays to Virtue, *Arkansas Law Review*, vol. 74, n. 2.

BARNES, M. L. & CHEMERINSKY, E. (2011) The Once and Future Equal Protection Doctrine, *Connecticut Law Review*, vol. 43, n. 4.

BARRÈRE UNZUETA, M. A. (2003) La acción positiva: Análisis del concepto y propuestas de revisión, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 9

BELL, D. A. (1980) Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma, *Harvard Law Review*.

BELL, D. (1997) Address at Loyola Law School, *Loyola los Angeles Law Review*.

BELL, D. (2003) Diversity's distractions, *Columbia Law Review*, vol. 103, n. 6.

BELTON, R. (1980) Discrimination and affirmative action: An analysis of competing theories of equality and Weber, *North Carolina Law Review*, vol. 59.

- BERNSTEIN, D. E. (2003) Lochner's Legacy's Legacy, *Texas Law Review*, vol. 82.
- BERNSTEIN, D. E. (2003) Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism, *Georgetown Law Journal*, vol. 92.
- BESCHLE, D. L. (2018) No More Tiers? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases, *Pace Law Review*, vol. 38.
- BICKEL, A. M. (1975) *The morality of consent*, Yale University Press.
- BICKEL, A. M. (1986) *The least dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Yale University Press.
- BITTKER, B. (1962) The Case of the Checker-Board Ordinance: an experiment in race relations, *Yale Law Journal*, vol. 71.
- BIXBY, D. M. (1981) The Roosevelt Court, Democratic Ideology, and Minority Rights: Another Look at United States v. Classic, *Yale Law Journal*, vol. 90.
- BLUMROSEN, A. W. (1981) Affirmative action in employment after Weber, *Rutgers Law Review*, vol. 34, n. 1.
- BONACICH, E. (1972) A theory of ethnic antagonism: The split labor market, *American Sociological Review*.
- BONACICH, E. (1973) A theory of middleman minorities, *American Sociological Review*.
- BONACICH, E. & MODELL, J. (1980) *The economic basis of ethnic solidarity: Small business in the Japanese American community*, University of California Press.
- BORK, R. H. (1991) *The tempting of America. The political seduction of the Law*, Simon & Schuster.
- BRACAMONTE, J. et al. (1987) Minority Critiques of the Critical Legal Studies Movement, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 22, n. 2.
- BREST, P. (1976) Foreword: In Defense of the antidiscrimination principle, *Harvard Law Review*, vol. 90.
- BRILMAYER, L. (1986) Carolene, Conflicts, and the Fate of the "Insider-Outsider", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 134, n. 6.
- BRODY, C. E. (1995) A historical review of affirmative action and the interpretation of its legislative intent by the Supreme Court, *Akron Law Review*, vol. 29.
- BUNKER, M. D., CALVERT, C. & NEVIN, W. C. (2011) Strict in Theory, But Feeble in Fact? First Amendment Strict Scrutiny and the Protection of Speech, *Communication Law and Policy*, vol. 16, n. 4.
- CARLSON, P. A. (1996) Adarand Constructors, Inc. v. Pena: The Lochnerization of Affirmative Action, *St. Mary's Law Journal*, vol. 27.
- CARTER, S. L. (1992) *Reflections of an affirmative action baby*, Basic Books.

- CHEMERINSKY, E. (1991) Symposium: one hundred twenty five years of the Reconstruction Amendments, The Supreme Court and the Fourteenth Amendment: the unfulfilled promise, *Loyola Los Angeles Law Review*, vol. 25, n. 4.
- CHEMERINSKY, E. (2015) *Constitutional Law. Principles and Policies*, Wolters Kluwer.
- CHEMERINSKY, E. (2018) Loving v. Virginia: a triumph and a failure of the Supreme Court, *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 25.
- CHIN, G. J. (1996) The Plessy Myth: Justice Harlan and the Chinese Cases, *Iowa Law Review*, vol. 82.
- COVER, R. M. (1981) The origins of judicial activism in the protection of minorities, *Yale Law Journal*, vol. 91.
- CRENSHAW, K. W. (1988) Race, reform, and retrenchment: Transformation and legitimation in Antidiscrimination Law, *Harvard Law Review*, vol. 101, n. 9.
- CRENSHAW, K. W. (2011) Twenty years of Critical Race Theory: looking back to move forward, *Connecticut Law Review*, Vol 43, n. 5.
- CRENSHAW, K. W et al. (Eds.) (1995) *Critical Race Theory. The key writings that formed the movement*, The New Press.
- CROSBY, F. J. (2004) *Affirmative action is dead: Long live affirmative action*, Yale University Press.
- CUSHMAN, B. (1998) *Rethinking the New Deal*, Oxford University Press.
- DELGADO, R. (1984) The imperial scholar: Reflections on a review of civil rights literature, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 132, n. 3.
- DELGADO, R. (1987) The ethereal scholar: Does Critical Legal Studies have what minorities want? *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 22.
- DELGADO, R. (1990) When a story is just a story: Does voice really matter? *Virginia Law Review*, vol. 96, n. 1.
- DELGADO, R. (1992) The imperial scholar revisited: How to marginalize outsider writing, ten years later, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104, n. 4.
- DELGADO, R. (2000) Two ways to think about race: reflections on the Id, the Ego and other reformists theories of equal protection, *The Georgetown Law Journal*, vol. 89.
- DELGADO, R. & STEFANCIC, J. (2017) *Critical Race Theory*, New York University Press.
- DU BOIS, W. E. B. (2006) The conservation of races, *Raisons politiques*, vol. 21.
- ENTIN, J. L. (2007) Parents Involved and the meaning of Brown: An old debate renewed, *Seattle University Law Review*, vol. 31.
- F. TATE IV, W. (1997) Critical Race Theory and Education: History, Theory, and Implications, *Review of Research in Education*, vol. 22.

- FALLON, R. H. (2007) Strict judicial scrutiny, *UCLA Law Review*, vol. 54.
- FALLON, R. H. (2019) *The nature of constitutional rights. The invention and logic of strict judicial scrutiny*, Cambridge University Press.
- FALLON, R. & WEILER, P. C. (1984) Firefighters v. Stotts: Conflicting models of Racial Justice, *The Supreme Court Review*, vol. 1984
- FISS, O. M. (1971) A theory of fair employment laws, *University of Chicago Law Review*, vol. 38.
- FISS, O. M. (1974) The fate of an idea whose time has come: Antidiscrimination law in the second decade after Brown v. Board of Education, *The University of Chicago Law Review*.
- FISS, O. M. (1976) Groups and the equal protection clause, *Philosophy & Public Affairs*.
- FISS, O. M. (1979) The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The forms of justice, *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1.
- FISS, O. M. (2004) Another equality, *Issues in Legal Scholarship*, vol. 2, n. 1.
- FLEMING, J. E. (2006) "There is only one Equal Protection Clause": an appreciation of Justice Stevens's Equal Protection jurisprudence, *Fordham Law Review*, vol 74.
- FRAZIER, E. F. (1951) *The Negro Family in the United States*, Dryden Press.
- FREEMAN, A. (1978) Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine, *Minnesota Law Review*.
- FREEMAN, A. (1981) Truth and Mystification in Legal Scholarship, *Yale Law Journal*, vol. 90.
- FREEMAN, A. (1988) Racism, rights and the quest for equality of opportunity: critical legal essay, *Harvard Civil Right - Civil Liberties Law Review*, vol. 23, n. 2.
- GARGARELLA, R. (Dir.) (1999) *Derecho y grupos desfavorecidos*, Gedisa.
- GILLMAN, H. (1995) *The Constitution besieged*, Duke University Press.
- GILMAN, F. (2004) The Famous Footnote Four: A History of the Carolene Products Footnote, *Texas Law Review*, vol. 46.
- GINSBURG, R. B. (1979) Ratification of the Equal Rights Amendment: A Question of Time, *Texas Law Review*, vol. 57.
- GIRARDEAU, S. A. (1995) Affirmative Action and Discrimination, *Howard Law Journal*, vol. 39.
- GLAZER, N. (1987) *Affirmative discrimination: Ethnic inequality and public policy*. Harvard University Press.
- GOLDBERG, S. B. (2004) Equality Without Tiers, *Southern California Law Review*, vol. 77.

- GOTANDA, N. (1991) A critique of "Our constitution is color-blind", *Stanford Law Review*, vol. 44.
- GOTTLIEB, S. E. (2002) Tears for Tiers on the Rehnquist Court, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4.
- GREENAWALT, K. (1983) *Discrimination and reverse discrimination*, Knopf.
- GREENBERG, J. (2002) Affirmative action in higher education: Confronting the condition and theory, *Boston College Law Review*, vol. 43.
- GREENE, J. (2011) The anticanon, *Harvard Law Review*, vol. 125.
- GRAGLIA, L. A. (1970) Special Admission of the "Culturally deprived" to Law School, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 119.
- GUNTHER, G. (1972) The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In search of evolving doctrine on a changing court: a model for a newer equal protection, *Harvard Law Review*, vol. 86, n. 1.
- HANEY LÓPEZ, I. (1994) The social construction of race: Some observations on illusion, fabrication, and choice, *Harvard Civil Rights - Critical Liberties Law Review*, vol. 29.
- HANEY LÓPEZ, I. (2007) A nation of minorities: race, ethnicity, and reactionary colorblindness, *Stanford Law Review*, vol. 59.
- HART ELY, J. (1974) The constitutionality of reverse racial discrimination, *The University of Chicago Law Review*.
- HART ELY, J. (1980) *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Harvard University Press.
- HILL, H. (1984) Race and ethnicity in organized labor: The historical sources of resistance to affirmative action, *Journal of Intergroup Relations*, vol. 12, n. 4.
- HOLZER, H. & NEUMARK, D. (2000) Assessing affirmative action, *Journal of Economic Literature*, vol. 38, n. 3.
- HOSANG, D. LABENNETT, O. & PULIDO, L. (Eds.) (2012) *Racial formation in the twenty-first century*, University of California Press.
- HUTCHINSON, D. (1979) Unanimity and desegregation: decisionmaking in the Supreme Court, 1948– 1958, *Georgetown Law Journal*, vol. 68, n. 1.
- HUTCHINSON, D. L. (2003) Unexplainable on grounds other than race: The inversion of privilege and subordination in equal protection jurisprudence, *University of Illinois Law Review*, vol. 2003, n. 3.
- JACKSON, W. (1990) *Gunnar Myrdal and America's Conscience*, University of North Carolina Press.
- JONES, J. E. (1987) The Origins of Affirmative Action, *University of California Davis Law Review*, vol. 21.

- KAPLAN, J. (1967) Equal justice in an unequal world: Equality for the negro – the problem of special treatment, *Northwestern University Law Review*, vol. 61.
- KARLAN, P. S. (2002) Easing the Spring: Strict Scrutiny and Affirmative Action After the Redistricting Cases, *William & Mary Law Review*, vol. 43.
- KARST, K. L. & HOROWITZ, H. W. (1979) The Bakke Opinions and Equal Protection Doctrine, *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, vol. 14, n. 1.
- KATZ, L. (1991) Public affirmative action and the Fourteenth Amendment: The fragmentation of theory after *Richmond v. JA Croson Co.* and *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 17.
- KATZENBACH, N. D. y MARSHALL, B. (1998) Not color blind, just blind, *The New York Times Magazine*.
- KLARMAN, M. J. (1991) An interpretative History of Modern Equal Protection. *The Michigan Law Review Association*, vol. 90, n. 2.
- KAYRIS, D. (Ed.) (1998) *The politics of law: A progressive critique*, Hachette UK.
- KELMAN, M. (1987) *Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press.
- KELSO, R. (1992) Filling Gaps in the Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation: Standards, Ends, and Burdens Reconsidered, *Texas Law Review*, vol. 33.
- KELSO, R. (1995) Three Years Hence: An Update on Filling Gaps in the Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation, *Texas Law Review*, vol. 36.
- KELSO, R. (2001) Standards of review under the equal protection clause and related constitutional doctrines protecting individual rights: the base plus six model and modern Supreme Court practice, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4.
- KENNEDY, D. (1992) Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 11.
- KENNEDY, D. & KLARE SOURCE, K. E. (1984) A bibliography of Critical Legal Studies, *The Yale Law Journal*. vol. 94, n. 2.
- KLARMAN, M. (1991) Interpretive History of Modern Equal Protection, *Michigan Law Review*, vol. 90, n. 2.
- KLARMAN, M. (2004) *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*, Oxford University Press.
- KLUGER, R. (2004) *Simple justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America's struggle for equality*, Vintage.
- KULL, A. (2009) *The color-blind Constitution*, Harvard University Press.
- KURLAND, P. B. (1978) Bakke's Wake, *Chicago Bar Association Record*, vol. 60.

- LAWRENCE III, C. R. (1987) The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism, *Stanford Law Review*, vol. 39, n. 2.
- LAWRENCE III, C. R. (2001) Two View of the River: A Critique of the Liberal Defense of Affirmative Action, *Columbia Law Review*, vol. 101.
- LAWRENCE III, C. R. (2004) Forbidden conversations: On race, privacy, and community (A continuing conversation with John Ely on racism and democracy), *Yale Law Journal*, vol. 114.
- LAWRENCE III, C. R. (2007) Unconscious racism revisited: Reflections on the impact and origins of the id, the ego, and equal protection, *Connecticut Law Review*, vol. 40.
- LAWRENCE III, C. R. & MATSUDA, M. (Eds.) (1997) *We Won't Go Back: Making the case for affirmative action*, Houghton Mifflin Harcourt.
- LEE, J. C. S. (1994). Navigating the topology of race, *Stanford Law Review*, vol. 46, n. 3.
- LEUCHTENBURG, W. E. (1966) The Origins of Franklin D. Roosevelt's "Court-Packing" Plan, *The Supreme Court Review*, vol. 1966.
- LOUIS GATE, H. (1992) *"Race", writing and difference*, The University of Chicago Press.
- LUSKY, L. (1980) Public Trial and Public Right: The Missing Bottom Line, *Hofstra Law Review*, vol. 8, n. 2.
- LUSKY, L. (1982) Footnote Redux: A "Carolene Products" Reminiscence, *Columbia Law Review*, vol. 82, n. 6.
- LUSKY, L. (1993) *Out nine tribunes: the Supreme Court in modern America*, Praeger Publishers Inc.
- LYNCH, F. R. (1989) *Invisible victims: White males and the crisis of affirmative action*, Greenwood Press.
- MACKINNON, C. A. (2014) Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More than Ever, *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 37, n. 2.
- MALTZ, E. (1996) Only Partially Color-blind: John Marshall Harlan's View of the Constitution, *Georgia State University Law Review*, vol. 12, n. 4.
- MARSHALL, B. (1984) A Comment on the Nondiscrimination Principle in a "Nation of Minorities", *The Yale Law Journal*, vol. 93, n. 6.
- MASSEY, C. R. (2004) The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*.
- MATHEWS, J. & SWEET, A. S. (2010) All things in proportion-American rights review and the problem of balancing, *Emory Law Journal*, vol. 60.
- MCWHIRTER, D. A. (1996) *The end of affirmative action: Where do we go from here?* Carol Publishing Group.

- MORRISON (1994) Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action, *Iowa Law Review*, vol. 79.
- MURPHY, W. F. et al. (2005) *American constitutional interpretation*, Foundation Press.
- NOLAN, L. C. (1997) The Meaning of Loving: marriage, Due Process and Equal Protection (1967-1990) as equality and marriage from Loving to Zablocki, *Howard Law Journal*, vol. 41.
- NOWAK, J. E., ROTUNDA, R. D. & YOUNG, N. (1986) *Constitutional Law*, West Publishing Company.
- OLSON, J. (2005) W.E.B. Du Bois and the Race Concept, *Souls*, vol. 7, n. 3-4.
- OMI, M. & WINANT, H. (2014) *Racial formation in the United States*, Routledge.
- OPPENHEIMER, D. B. (1989) Distinguishing Five Models of Affirmative Action, *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 4.
- PASCOE, P. (2009) *What comes naturally: Miscegenation law and the making of race in America*, Oxford University Press.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. (2011) "Critical legal studies" en pocas palabras, *Teoría y Derecho*, n. 10.
- PETTINGA, G. L. (1987) Note, Rational basis with bite: intermediate scrutiny by any other name, *Indiana Law Journal*, vol. 72.
- POSNER, R. A. (1974) The DeFunis case and the constitutionality of preferential treatment of racial minorities, *The Supreme Court Review*, vol. 1974.
- POSNER, R. A. (1979) The Bakke case and the future of affirmative action, *California Law Review*, vol. 67.
- POST, R. C. (2001) *Prejudicial Appearances. The logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press.
- POUEYMIROU, M. (2017). Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action & the Death of the Political Process Doctrine, *University of California Irvine Law Review*, vol. 7.
- POWELL, C. M. (2008) Rhetorical Neutrality: Colorblindness, Frederick Douglass, and inverted Critical Race Theory, *Cleveland State Law Review*, vol. 56, n. 4.
- POWELL, L. F. (1982) "Carolene Products" Revisited, *Columbia Law Review*, vol. 82, n. 6.
- ROBERTS, D. E. (2015) Loving v. Virginia as a civil rights decision, *New York Law School Law Review*, vol. 59.
- ROBINSON, G. & ROBINSON, T. (2005) Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the origins of strict scrutiny, *Law & Contemporary Problems*, vol. 68.
- ROITHMAYR, D. (2004) Tacking Left: A radical critique of Grutter, *Constitutional Commentary*, vol. 21.



- ROSS II, B. L. (2013) Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the evolving judicial conception of Politics, *California Law Review*, vol. 101, n. 6.
- ROSTOW, E. V. (1945) The Japanese American Cases – A Disaster, *The Yale Law Journal*, vol. 54, n. 3.
- RUBENFELD, J. (1997) Affirmative Action, *The Yale Law Journal*, vol. 107, n. 2.
- RUBIN, P. J. (2000) Reconnecting doctrine and purpose: a comprehensive approach to strict scrutiny after Adarand and Shaw, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, n. 1.
- SCALIA, A. (1979) The disease as cure: “In order to get beyond racism, we must first take account of race”, *Washington University Law Review*, vol. 147.
- SCHOFF, R. (2009) Deciding on doctrine: Anti-miscegenation statutes and the development of equal protection analysis, *Virginia Law Review*, vol. 95.
- SCHUCK, P. H. (2002) Affirmative action: Past, present, and future, *Yale Law & Policy Review*, vol. 20.
- SHAMAN, J. M. (1984) Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny, *Ohio State Law Journal*, vol. 45.
- SIEGEL, R. B. (2004) Equality talk: Antisubordination and Anticlassification values in Constitutional struggles over Brown, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5.
- SIEGEL, R. B. (2013) The Supreme Court 2012 Term. Foreword: equality divided, *Harvard Law Review*.
- SIEGEL, S. A. (1991) Lochner Era Jurisprudence and the American Constitutional Tradition, *North Carolina Law Review*, vol. 70, n. 1.
- SIEGEL, S. A. (2006) The origin of the compelling state interest test and strict scrutiny, *American Journal of Legal History*, vol. 48, n. 4.
- SIMMONS, B. E. (1996) Reconsidering Strict Scrutiny of Affirmative Action, *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 2.
- SKRENTNY, J. D. (1996) *The Ironies of Affirmative Action: Politics, Culture, and Justice in America*, University of Chicago Press.
- SPANN, G. A. (2000) *The law of affirmative action: Twenty-five years of Supreme Court decisions on race and remedies*, New York University Press
- STARKS, S. L. (1992) Understanding government affirmative action and Metro Broadcasting, inc. v. FCC, *Duke Law Journal*, vol. 41, n. 4.
- STEFANCIC, J. & DELGADO, R. (Eds.) (2000) *Critical race theory: The cutting edge*, Harvard: Temple University Press.
- STEINBERG, S. (1966) An American Dilemma: The Collapse of the Racial Orthodoxy of Gunnar Myrdal, *The Journal of Blacks in Higher Education*, n. 10.
- STONE, G. R. et. al (1996) *Constitutional Law*, Aspen, Tercera Edición.

- STRAUSS, M. (2011) Reevaluating suspect classifications, *Seattle University Law Review*, vol. 35.
- SUNSTEIN, C. (1987) Lochner's legacy, *Columbia Law Review*, vol. 87, n. 5.
- SUNSTEIN, C. R. (2004) The right to marry, *Cardozo Law Review*, vol. 26.
- TAYLOR, E. (1998) A primer on critical race theory: Who are the critical race theorists and what are they saying? *The journal of blacks in higher education*, n. 19.
- THAYER, J.B. (1893) *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Little, Brown and Company.
- TRIBE, L. (1988) *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc.
- TUSHNET, M. (1984) An essay on rights, *Texas Law Review*, vol. 62, n. 8.
- TUSHNET, M. (1989) Rights: An essay in Informal Political Theory, *Politics & Society*, vol. 17, n. 4.
- TUSHNET, M. (1991) Critical Legal Studies: A Political History, *The Yale Law Journal, Centennial Issue*, vol. 100, n. 5.
- TUSHNET, M. (1994) The Significance of Brown v. Board of Education, *Virginia Law Review*, vol. 80, n. 1.
- TUSSMAN, J. & TENBROEK, J. (1948) The equal protection of the laws, *California Law Review*, vol. 37.
- UROFSKY, M. I. (1997) *Division and discord. The Supreme Court under Stone and Vinson, 1941-1953*, University of South Carolina Press.
- UROFSKY, M. I. (2020) *The affirmative action puzzle: A living history from Reconstruction to today*, Pantheon.
- VAN ALSTYNE, W. (1979) Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n. 4.
- VIEIRA, N. (1969) Racial imbalance, black separatism, and permissible classification by race, *Michigan Law Review*, vol. 67.
- WALLENSTEIN, P. (2004) *Tell the Court I Love My Wife: Race, Marriage, and Law – An American History*, Palgrave Macmillan.
- WECHSLER, H. (1959) Toward Neutral Principles of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, vol. 73, n. 1.
- WEST, M. S. (1998) The Historical Roots of Affirmative Action, *La Raza Law Journal*, vol. 10.
- WHITE, G. E. (1996) The First Amendment comes of age: the emergence of Free Speech in twentieth century America, *Michigan Law Review*, vol. 95, n. 2.
- WHITE, G. E. (2000) *The Constitution and the New Deal*, Harvard University Press.

WHITE, G. E. (2005) Historicizing Judicial Scrutiny, *South Carolina Law Review*, vol. 57.

WILKINSON III, H.J. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School integration: 1954-1978*, Oxford University Press.

WILLIAMS, W. E. (1997) Affirmative action can't be mended, *Cato Journal*, vol. 17

WRIGHT SKELLY, J. (1980) Color-Blind Theories and Color-Conscious Remedies, *The University of Chicago Law Review*, vol. 47, n. 2.

WILKINSON III, H. J. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School integration: 1954-1978*, Oxford University Press.

WINKLER, A. (2006) Fatal in theory and strict in fact: an empirical analysis of strict scrutiny in the federal courts, *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, n. 3.

YOSHINO, K. (2011) The new Equal Protection, *Harvard Law Review*, vol. 124, n. 3.

- Capítulo V

ABRAMOWICZ, M. & STEARNS, M (2005) Defining Dicta, *Stanford University Law Review*, vol. 57.

ADAMS, M. (2003) Searching for strict scrutiny in Grutter v. Bollinger, *Tulane Law Review*, vol. 78.

ALEINIKOFF, A. T. (1991) A Case for Race-Consciousness, *Columbia Law Review*, vol. 91, n. 5.

ALEINIKOFF, T. A. & ISSACHAROFF, S. (1993) Race and redistricting: Drawing constitutional lines after Shaw v. Reno, *Michigan Law Review*, vol. 92.

ALEXANDER, L. & SCHWARZSCHILD, M. (2004) Grutter or otherwise: Racial preferences and higher education, *Constitutional Commentary*, vol. 21.

AMAR, V. D. & CAMINKER, E. (2002) Constitutional sunseting: Justice O'Connor's closing comments in Grutter, *Hastings Constitutional. Law Quarterly*, vol. 30.

ANDERSON, C. E. (1999) A current perspective: The erosion of affirmative action in University admissions, *Akron Law Review*, vol. 32.

ANDERSON, E. S. (2002) Integration, affirmative action, and strict scrutiny, *New York University Law Review*, vol. 77.

ASHAR, S. M. & OPOKU, L. F. (1996) Justice O'Connor's blind rationalization of affirmative action jurisprudence - Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 115 s. ct. 2097 (1995), *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 31, n. 1.

AYRES, I. & FOSTER, S. (2006) Don't tell, don't ask: Narrow tailoring after Grutter and Gratz, *Texas Law Review*, vol. 85.

BALKIN, J. M. (2004) Plessy, Brown, and Grutter: A play in three acts, *Cardozo Law Review*, vol. 26.

BALKIN J. M. & SIEGEL, R. B. (eds.) (2009) *The Constitution in 2020*, Oxford University Press.

BARNES, M. L. & CHEMERINSKY, E. (2011) The Once and Future Equal Protection Doctrine, *Connecticut Law Review*, vol. 43, n. 4.

BARNES, M. L.; CHEMERINSKY, E. & JONES, T. (2009) A post-race equal protection? *Georgetown Law Journal*, vol. 98.

BARNES, M. L.; CHEMERINSKY, E. & ONWUACHI-WILLIG, A. (2015) Judging opportunity lost: Assessing the viability of race-based affirmative action after Fisher v. University of Texas, *UCLA Law Review*, vol. 62.

BAUMAN, J. (2008) The only way: Robert's stand on the prevention of racial discrimination, *Baylor Law Review*, vol. 60.

- BECKER, M. E. (1987) Prince Charming: Abstract equality, *The Supreme Court Review*, vol. 1987.
- BELL, D. (1980) Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma, *Harvard Law Review*.
- BELL, D. (2003) Diversity's distractions, *Columbia Law Review*, vol. 103, n. 6.
- BELTON, R. (1980) Discrimination and affirmative action: An analysis of competing theories of equality and Weber, *North Carolina Law Review*, vol. 59.
- BERNSTEIN, D. (2013) Fisher is a significant loss for opponents of affirmative action preferences, *The Volokh Conspiracy*.
- BERNSTEIN, D. E. (2014) Reverse Carolene Products, the end of the second reconstruction, and other thoughts on Schuette v. Coalition to defend affirmative action, *Cato Supreme Court Review*.
- BLASI, V. (1979) Bakke as precedent: Does Mr. Justice Powell have a theory? *California Law Review*, vol. 67.
- BLOOM, L. H. (2004) Grutter and Gratz: A Critical Analysis, *Houston Law Review*, vol. 41.
- BLUMROSEN, A. W. (1981) Affirmative action in employment after Weber, *Rutgers Law Review*, vol. 34, n. 1.
- BODDIE, E. C. (2016) The future of affirmative action, *Harvard Law Review*, vol. 130.
- BOWEN, D. M. (2010) Brilliant disguise: An empirical analysis of a social experiment banning affirmative action, *Indiana Law Journal*, vol. 85.
- BOWEN, W. G. & BOK, D. (1998) *The shape of the river: Long-term consequences of considering race in college and university admissions*, Princeton University Press.
- BREST, P. et al. (2018) *Processes of constitutional decision making. Cases and materials*, Wolters Kluwer.
- BRODIN, M. S. (2014) The fraudulent case against affirmative action - the untold story behind fisher v. University of Texas, *Buffalo Law Review*, vol. 62.
- BROWNE, S. L. & YI, E. (2008) Spirit of Brown in Parents Involved and beyond, *University of Miami Law Review*, vol. 63.
- CARBADO, D. W. & HARRIS, C. I. (2009) The new racial preferences, *UCLA Journal of Scholarly Perspectives*.
- CARLSON, P. A. (1996) Adarand Constructors, Inc. v. Pena: The Lochnerization of Affirmative Action, *St. Mary's Law Journal*, vol. 27, n. 2.
- CHAMBERS, D. L., et al. (2005) The real impact of eliminating affirmative action in American law schools: An empirical critique of Richard Sander's study, *Stanford Law Review*.

- CHEMERINSKY, E. (2015) *Constitutional Law. Principles and Policies*, Wolters Kluwer.
- CHIN, G. J. (1995) Bakke to the wall: The crisis of bakkean diversity, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 4.
- CORDES, M. W. (2004) Affirmative action after Grutter and Gratz, *Northern Illinois University Law Review*, vol. 24, n. 691.
- CRUMP, D. (2004) The narrow tailoring issue in the affirmative action cases: reconsidering the Supreme Court's approval in Gratz and Grutter of race-based decision-making by individualized discretion, *Florida Law Review*, vol. 56.
- DEANE, M. E. (1990) City of Richmond v. JA Croson Co.: A federal legislative answer, *The Yale Law Journal*, 1990, vol. 100, n. 2.
- DEVINS, N. (1989) Affirmative action after Reagan, *Texas Law Review*, vol. 68.
- DEVINS, N. (1990) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Requiem for a heavyweight, *Texas Law Review*, vol. 69.
- DEVINS, N. (1995) Adarand Constructors, Inc. v. Peña and the Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions, *William & Mary Law Review*, vol. 37.
- DEVINS, N. (1996) Adarand Constructors, Inc. v. Peña and the continuing irrelevance of Supreme Court affirmative action decisions, *William & Mary Law Review*, vol. 37.
- DIVER, C. S. (2004) From Equality to Diversity: The detour from Brown to Grutter, *University of Illinois Law Review*.
- DIXON JR, R. G. (1979) Bakke: A constitutional analysis, *California Law Review*, vol. 67.
- DREYFUSS, J. & LAWRENCE III, C. (1979) *The Bakke case: The politics of inequality*, Harcourt Brace Jovanovich.
- DUNCAN, M. L. (1982) The future of affirmative action: A jurisprudential/legal critique, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 17.
- DUNCAN, N. (1995) Croson revisited: legacy of uncertainty in the application of strict scrutiny, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 26, n. 3.
- ESTLUND, C. L. (2005) Putting Grutter to work: Diversity, integration, and affirmative action in the workplace, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law Review*, vol. 26.
- FAIR, B. K. (2004) Re(caste)ing Equality Theory: Will Grutter survive itself by 2028 Symposium: Race jurisprudence and the Supreme Court. Where do we go from here? *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 7.
- FALLON, R. H. (2013) *The dynamic constitution: an introduction to American Constitutional Law and practice*, Cambridge University Press.

FALLON, R. H. & WEILER, P. C. (1984) Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice, *The Supreme Court Review*, vol. 1984.

FISCHBACH, J.; RHEE, W. & CACACE, R. (2008) Race at the pivot point: The future of race-based policies to remedy de iure segregation after Parents Involved in Community Schools, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 43.

FISS, O. M. (1978) The Supreme Court, 1977 Term, *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1.

FISS, O. M. (2004) Another equality, *Issues in Legal Scholarship*, vol. 2, n. 1.

FITZPATRICK, B. T. (2001) Strict scrutiny of facially race-neutral state action and the Texas Ten Percent Plan, *Baylor Law Review*, vol. 58.

FITZPATRICK, B. T. (2016) The Hidden Question in Fisher, *NYU Journal of Law & Liberty*, vol. 10.

FRANCIS, V. L. (2017) Accepting uncertainty: Fisher V. University of Texas and race-conscious college admissions, *Journal of College & University Law*, vol. 43.

FRIED, C. (1989) Constitutional scholar's statement on affirmative action after City of Richmond v. J. A. Croson Co., *The Yale Law Journal*, vol. 98, n. 8.

FRIED, C. (1989) Affirmative Action After City of Richmond v. JA Croson Co.: A response to the scholars' statement, *Yale Law Journal*, vol. 99.

FRIED, C. (1990) Metro Broadcasting Inc. v. FCC: Two concepts of equality, *Harvard Law Review*, vol. 104, n.1.

GAUGER, T. G. (1989) Constitutionality of the FCC's use of race and sex in the granting of broadcast licenses, *Northwestern University Law Review*, vol 83, n. 3.

GERKEN, H. K. (2007) Justice Kennedy and the domains of Equal Protection, *Harvard Law Review*, vol. 13, n. 1.

GIRARDEAU, S. (1999) Affirmative Action and Discrimination, *Howard Law Journal*.

GOLDSTEIN, J. K. (2003) Beyond Bakke: Grutter-Gratz and the Promise of Brown, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 48.

GOLDSTEIN, J. K. (2008) Not Hearing History: A Critique of Chief Justice Roberts's Reinterpretation of Brown, *Ohio State Law Journal*, vol. 69.

GOLDSTEIN, J. K. (2006) Justice O'Connor's twenty-five-year expectation: The legitimacy of durational limits in Grutter, *Ohio State Law Journal*, vol. 67.

GRAGLIA, L. A. (1995) Affirmative Action, Past, Present, and Future, *Ohio Northern University Law Review*, vol. 22.

GRAGLIA, L. A. (1996) Podberesky, Hopwood, and Adarand: Implications for the future of race-based programs, *Northern Illinois University Law Review*, vol. 16.

GRAGLIA, L. A. (1998) The affirmative action fraud, *Washington University Journal of Urban & Contemporary Law*, vol. 54.

GRAGLIA, L. A. (2003) Grutter and Gratz: Race preference to increase racial representation held "patently unconstitutional" unless done subtly enough in the name of pursuing "diversity", *Tulane Law Review*, vol. 78.

GREENAWALT, K. (1975) Judicial scrutiny of "benign" racial preference in Law School admissions, *Columbia Law Review*, vol. 75, n. 3.

GREENAWALT, K. (1979) The unresolved problems of reverse discrimination, *California Law Review*, vol. 67.

GREENBERG, J. (2002) Affirmative action in higher education: Confronting the condition and theory, *Boston College Law Review*, vol. 43.

GREENBERG, J. (2003) Diversity, the University, and the world outside, *Columbia Law Review*, vol. 103.

GREENHOUSE, L. (2007) A Tale of Two Justices, *Green Bag*, vol. 11.

GUINIER, L. (2003) Admissions rituals as political acts: Guardians at the gates of our democratic ideals, *Harvard Law Review*, vol. 117.

HANEY LÓPEZ, I. F. (2007) "A nation of minorities": Race, ethnicity, and reactionary colorblindness, *Stanford Law Review*, vol. 59, n. 4.

HARPALANI, V. (2012) Diversity within racial groups and the constitutionality of race-conscious admissions, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 15.

HARPALANI, V. (2015) Narrowly tailored but broadly compelling: Defending race-conscious admissions after Fisher, *Seton Hall Law Review*, vol. 45.

HARPALANI, V. (2015) Victory is defeat: The ironic consequence of Justice Scalia's death for Fisher v. University of Texas, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164.

HERIOT, G. L. (2013) Fischer v. University of Texas: The Court (Belatedly) Attempts to Invoke Reason and Principle, *Cato Supreme Court Review*.

HORWITZ, P. (2013) Fisher, academic freedom, and distrust, *Loyola Law Review*, vol. 59.

JEFFRIES JR, J. C. (2003) Bakke Revisited, *The Supreme Court Review*, vol. 2003.

JOHNSON, K. R. (2004) The Last Twenty Five Years of Affirmative Action? *Constitutional Commentary*.

JONES, D. M. (2008) Plessy's ghost: Grutter, Seattle and the quiet reversal of Brown, *Pepperdine Law Review*, vol. 35.

JONES, T. (2005) The diversity rationale: a problematic solution, *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, vol. 1.

JOSHI, Y. (2016) Bakke to the future: Affirmative action after Fisher, *Stanford Law Review*, vol. 69.

ISSCHAROFF, S. (1998) Can affirmative action be defended, *Ohio State Law Journal*, vol. 59.



- ISSCHAROFF, S. (2003) Constitutionalizing democracy in fractured societies, *Texas Law Review*, vol. 82.
- KAMISAR, Y. et al. (1989) Scholars' reply to Professor Fried, *The Yale Law Journal*, vol. 99.
- KARLAN, P. S. (2001) Easing the spring: Strict scrutiny and affirmative action after the redistricting cases, *William & Mary Law Review*, vol. 43
- KARST, K. L. (2004) The Revival of forward-looking affirmative action, *Columbia Law Review*, vol. 104, n. 1.
- KATZ, L. (1992) Public affirmative action and the Fourteenth Amendment: The fragmentation of theory after *Richmond v. J.A. Croson Co.* and *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 17, n. 2.
- KAUFMAN, M. J. (2007) PICS in Focus: A Majority of the Supreme Court Reaffirms the Constitutionality of Race-Conscious School Integration Strategies, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, n. 1.
- KENNEDY, R. (2013) *For discrimination: Race, affirmative action, and the law*, Pantheon Books.
- KILLENBECK, M. R. (1999) Pushing things up to their first principles: Reflections on the values of affirmative action, *California Law Review*, vol. 87.
- KINDER, D. & WEISS, S. (2018) Schuette and Antibalkanization, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 26.
- KLARMAN, M. J. (1991) An interpretative History of Modern Equal Protection, *The Michigan Law Review Association*, vol. 90, n. 2.
- KULL, A. (1992) *The color-blind Constitution*, Harvard University Press.
- KURLAND, P. B. (1978) Bakke's Wake, *Chicago Bar Association Record*, vol. 60.
- LAWRENCE III, C. R. (1996) Each other's harvest: Diversity's deeper meaning, *University of San Francisco Law Review*, vol. 31.
- LEE, R. K. (2013) Fisher v. University of Texas at Austin: Promoting full judicial review and process in applying strict scrutiny, *Houston Law Review*.
- LIU, G. (2002) The causation fallacy: Bakke and the basic arithmetic of selective admissions, *Michigan Law Review*, vol. 100, n. 5.
- MCWHIRTER, D. A. (1996) *The end of affirmative action: Where do we go from here?* Carol Publishing Group.
- MELLOT, J. M. (2006) The diversity rationale for affirmative action in employment after Grutter: The case for containment, *William & Mary Law Review*, vol. 48.
- MELTZER, B. D. (1979) The Weber case: The judicial abrogation of the antidiscrimination standard in employment, *University of Chicago Law Review*, vol. 47.

- MENENDIAN, S. & POWELL, J. A. (2013) Fisher v Texas: The Limits of exhaustion and the future of race-conscious university admissions, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 47.
- MISHKIN, P. J. (1982) Uses of ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the constitutionality of affirmative action, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131.
- MORAN, R. F. (2008) Rethinking Race, Equality, and Liberty: The unfulfilled promise of Parents Involved, *Ohio State Law Journal*, vol. 69.
- NAGLE, M. K. (2010) Parents Involved and the Myth of the Colorblind Constitution, *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice*, vol. 26.
- NELSON, E. S. (2014) Reading between the blurred lines of Fisher v. University of Texas, *Valparaiso University Law Review*, vol. 48, n. 2.
- OH, R. (2003) Re-mapping Equal Protection jurisprudence: a legal geography of race and affirmative action, *American University Law Review*, vol. 53.
- ORFIELD, G. & LEE, C. (2006) Racial transformation and the changing nature of segregation, *The Civil Rights Project - Harvard University*.
- POSNER, R. A. (1974) The DeFunis Case and the constitutionality of preferential treatment of racial minorities, *The Supreme Court Review*.
- POSNER, R. A. (1979) The Bakke case and the future of affirmative action, *California Law Review*, vol. 67.
- POST, R. & ROGLIN, M. (1999) *Race and representation: Affirmative action*, Zone Books.
- POST, R. (2003) The Supreme Court 2002 Term. Foreword. Fashioning the legal Constitution: culture, courts and Law, *Harvard Law Review*.
- POTENZA, R. (1991) Affirmative action: Will Justice O'Connor author its end, *University of Toledo Law Review*, vol. 22, n. 3.
- POTENZA, R. (1991) City of Richmond v. J. A. Croson Company, *Toledo Law Review*, vol. 22.
- POUEYMIROU, M. (2017) Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action and the death of the Political Process Doctrine, *UC Irvine Law Review*, vol. 7.
- POWELL, C. M. (1997) Blinded by color: The new Equal Protection, the Second Deconstruction, and affirmative inaction, *University of Miami Law Review*, vol. 51, n. 2.
- POWELL, C. M. (1999) Hopwood: Bakke II and Skeptical Scrutiny, *Seton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 9.
- POWELL, C. M. (2007) The future of school integration in America: A symposium summary, *University of Louisville Law Review*, vol. 46.
- POWELL, C. M. (2008) Rhetorical Neutrality: Colorblindness, Frederick Douglass, and inverted Critical Race Theory, *Cleveland State Law Review*, vol. 56, n. 4.

POWELL, C. M. (2018) The rhetorical allure of post-racial process discourse and the democratic myth, *Utah Law Review*.

POWELL, J. A. & MENENDIAN, S. (2007) Parents Involved: The mantle of Brown, the shadow of Plessy, *University of Louisville Law Review*, vol. 46.

ROBINSON, K. J. (2016) Fisher's cautionary tale and the urgent need for equal access to an excellent education, *Harvard Law Review*, vol. 130.

ROITHMAYR, D. (2004) Tacking Left: A radical critique of Grutter, *Constitutional Commentary*, vol. 21.

ROSENFELD, M. (1989) Decoding Richmond: Affirmative action and the elusive meaning of constitutional equality, *Michigan Law Review*, vol. 87, n. 7.

ROSTRON, A. (2012) Affirmative action, Justice Kennedy, and the virtues of the middle ground, *Northwestern University Law Review*, vol. 107.

ROTHSTEIN, J. & YOON, A. H. (2008) Affirmative action in law school admissions: What do racial preferences do? National Bureau of Economic Research.

RUBENFELD, J. (1997) Affirmative action, *Yale Law Journal*, vol. 107.

RUTHERGLEN, G. A. (2017) Fisher II: Whose burden, what proof? *Green Bag*.

RYAN, J. E. (2007) The Supreme Court and voluntary integration, *Harvard Law Review*, vol. 121.

SAMEER M. ASHAR & LISA F. OPOKU (1996) Justice O'Connor's Blind Rationalization of Affirmative Action Jurisprudence - *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 115 S. Ct. 2097, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 31.

SANDER, R. H. (2004) A systemic analysis of affirmative action in American law schools, *Stanford Law Review*, vol. 57.

SANDER, R. & TAILOR, S. (2012) *Mismatch: How affirmative action hurts students it's intended to help, and why universities won't admit it*, Basic Books.

SCALIA, A. (1979) The disease as cure: "In order to get beyond racism, we must first take account of race", *Washington University Law Review*, vol. 147.

SCHMIDT, C. W. (2008) Brown and the colorblind Constitution, *Cornell Law Review*, vol. 94.

SCHNAPPER, E. (1985) Affirmative action and the legislative history of the Fourteenth Amendment, *Virginia Law Review*.

SCHWARTZ, H. (1987) The 1986 and 1987 affirmative action cases: It's all over but the shouting, *Michigan Law Review*, vol. 86.

SEDLER, R. A. (1979) Beyond Bakke: The Constitution and redressing the social history of racism, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 14.

SEWELL, M. A. (1997) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*: The Armageddon of Affirmative Action, *DePaul Law Review*, vol. 46.

- SIEGEL, N. S. (2006) Race-conscious student assignment plans: Balkanization, integration, and individualized consideration, *Duke Law Journal*, vol. 56.
- SIEGEL, R. B. (2004) Equality talk: antistatutory and anticlassification values in constitutional struggles over Brown, *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5.
- SIEGEL, R. B. (2011) From Colorblindness to Antibalkanization: an emerging ground of decision in race equality cases, *Yale Law Journal*, vol. 120.
- SIEGEL, R. B. (2012) The Supreme Court 2012 Term. Foreword: Equality divided, *Harvard Law Review*, vol. 127, n. 1.
- SIEGEL, R. B. (2013) Equality divided, *Harvard Law Review*, vol. 127, n. 1.
- SIEGEL, R. B. (2013) The Supreme Court 2012 Term. Foreword: equality divided, *Harvard Law Review*.
- SIMMONS, B. E. (1996) Reconsidering Strict Scrutiny of Affirmative Action, *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 2.
- SMOLLA, R. A. (2013) Fisher v. University of Texas: Who put the holes in "holistic"? *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, vol. 9, n. 1.
- SPANN, G. A. (1999) Affirmative Action and Discrimination, *Howard Law Journal*, vol. 39, n. 1.
- SPANN, G. A. (2000) *The Law of affirmative action. Twenty-five years of Supreme Court decisions on race and remedies*, New York University Press.
- SPANN, G. A. (2007) Disintegration, *University of Louisville Law Review*, vol. 46.
- SPANN, G. A. (2012) Fisher v. Grutter, *Vanderbilt Law Review*, vol. 65.
- STEPHENS JR, O. H., & SCHEB, J. M. (2011) *American Constitutional Law: Civil Rights and Liberties, Volume II*, Cengage Learning.
- STRASSER, M. (2017) What's next in affirmative action jurisprudence: Fisher as temporizing rather than reflecting a new-found consensus, *Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 20, n. 1.
- STRAUSS, D. A. (1989) Discriminatory intent and the taming of brown. *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, n. 3.
- STRAUSS, D. A. (1995) Affirmative action and the public interest, *The Supreme Court Review*.
- STRAUSS, D. A. (2017) Fisher v University of Texas and the conservative case for affirmative action, *The Supreme Court Review*, vol. 2016, n. 1.
- SULLIVAN, K. M. (1986) Sins of discrimination: last term's affirmative action cases, *Harvard Law Review*, vol. 100, n. 1.
- SULLIVAN, K. M. (1990) City of Richmond v. J.A. Croson Co.: The backlash against affirmative action, *Tulane Law Review*, vol. 64.

- THERNSTROM, A. & THERNSTROM, S. (1998) Reflections on the Shape of the River, *UCLA Law Review*, vol. 46, n. 5.
- THERNSTROM, A. & THERNSTROM, S. (2004) Secrecy and dishonesty: The Supreme Court, racial preferences, and higher education, *Constitutional Commentary*, vol. 21.
- THOMPSON-SCHNEIDER, D. (2013) Paved with good intentions: Affirmative action after Adarand, *Tulsa Law Journal*, vol. 31.
- TRIBE, L. H. (1978) Perspectives on Bakke: Equal Protection, Procedural Fairness, or Structural Justice, *Harvard Law Review*, vol. 92.
- TRIBE, L. H. (1986) In what vision of the Constitution must the Law be color-blind, *The John Marshall Law Review*, vol. 20.
- TRIBE, L. H. (1988) *American Constitutional Law*, The Foundation Press Inc.
- TURNER, R. (2004) Grutter, the diversity justification, and workplace affirmative action, *Brandeis Law Journal*, vol. 43.
- TUSHNET, M. V. (2005) *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, WW Norton & Company.
- TUSHNET, M. V. (2015) Parents Involved and the struggle for historical memory, *Indiana Law Journal*, vol. 91.
- UROFSKY, M. I. (2020) *The affirmative action puzzle: A living history from Reconstruction to today*, Pantheon.
- WILKINSON III, H. J. (1979) *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School integration: 1954-1978*, Oxford University Press.
- WILKINSON III, J. H. (2007) The Seattle and Louisville school cases: There is no other way, *Harvard Law Review*, vol. 121.
- WILLIAMS, P. J. (1990) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC: Regrouping in Singular Times, *Harvard Law Review*, vol. 104, n. 2.
- WILLIAMS, W. E. (1997) Affirmative action can't be mended, *Cato Journal*, vol. 17.
- WRIGHT, J. S. (1980) Color-blind theories and color-conscious remedies, *The University of Chicago Law Review*, vol. 47, n. 2.
- YUVRAJ, J. (2016) Bakke to the Future: Affirmative action after Fisher, *Stanford Law Review*.









## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del principio de igualdad en el constitucionalismo estadounidense. No es un trabajo de Derecho Comparado, sino un estudio de un Derecho Constitucional extranjero. Lo que motivó mi interés por el tratamiento del principio de igualdad en Derecho estadounidense es que la centralidad del problema racial en el sistema político de Estados Unidos y la singularísima experiencia de la esclavitud confieren a su debate doctrinal sobre esta cuestión una trascendencia y una profundidad inusuales. A pesar de las particularidades de la historia y del sistema jurídico estadounidense, que otorgan al fenómeno de la discriminación en el país norteamericano unos contornos propios y distintos a los que este presenta en Europa, las categorías jurídicas que se han elaborado en su Derecho tienen un enorme interés para la comprensión del principio de igualdad constitucional en cualquier sistema jurídico.

El propósito central de esta investigación es analizar el enfrentamiento que se ha producido en el Constitucionalismo estadounidense entre distintas concepciones de la igualdad constitucional. Desde los años noventa la doctrina reconduce estas concepciones, esencialmente, a dos modelos interpretativos de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda: la corriente anti-clasificación y la corriente anti-subordinación. La primera de ellas entiende el principio de igualdad como una exigencia de racionalidad de la diferencia normativa que proscribe las clasificaciones basadas en criterios arbitrarios. La segunda, como un mandato de protección asimétrico en favor de determinados grupos que históricamente han sido objeto de discriminación y ocupan hoy una posición de subordinación respecto a otros. Ambas se han conformado como resultado de un diálogo entre la academia y la Corte Suprema a propósito de los distintos problemas raciales que esta última estaba llamada a resolver. Me propongo rastrear estos debates para ofrecer una comprensión completa de ambos modelos, destacando sus fortalezas y deficiencias así como los distintos matices que los principales autores de referencia en el Derecho Constitucional han defendido en sus particulares interpretaciones de la cláusula de igual protección.

A pesar de la riqueza del debate que el constitucionalismo estadounidense ha mantenido a propósito del principio de igualdad, su estudio ha pasado relativamente desapercibido en la doctrina española. Autores como FERNANDO REY, MARÍA

ÁNGELES BARRÈRE, DAVID GIMÉNEZ GLÜCK o MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA han sido de las pocas voces que lo han traído a colación en sus trabajos. Esta tesis doctoral ordena y sintetiza las principales claves de este debate, con la aspiración de esclarecer y facilitar su divulgación, desde el convencimiento de que el estudio de la experiencia estadounidense puede resultar muy provechoso para la doctrina europea sobre la prohibición de discriminación. A tal efecto, he seleccionado los escenarios que, creo, mejor retratan los motivos que han dado lugar al desarrollo de las corrientes anti-clasificación y anti-subordinación: el proceso de desegregación escolar desde la resolución del emblemático caso *Brown v. Board of Education of Topeka* hasta la década de los setenta, los principales problemas relacionados con la discriminación racial en el empleo en los años sesenta y setenta, y el debate a propósito del encaje constitucional de las acciones positivas. He analizado la aproximación de la Corte Suprema a cada uno de estos problemas. Su jurisprudencia, como no podía ser de otra manera en una investigación sobre Derecho Constitucional estadounidense, juega un papel protagonista en este trabajo. He estudiado igualmente cuáles han sido las observaciones de la doctrina constitucionalista a propósito de estos tres grandes problemas, destacando aquellos elementos que resultan de mayor relevancia en la construcción de un paradigma de interpretación judicial del principio de igualdad útil para la lucha contra la discriminación.

Antes de presentar la estructura de este trabajo, quisiera realizar algunas puntualizaciones. Si bien mi objetivo ha sido describir los debates a propósito de las diferentes concepciones de la igualdad constitucional de forma objetiva y rigurosa, es patente en mis reflexiones críticas mi inclinación a favor de los planteamientos de la corriente anti-subordinación. En este sentido, han ejercido una enorme influencia en mi pensamiento las tesis defendidas por OWEN FISS y REVA B. SIEGEL, dos de las voces principales de esta corriente. Igualmente, es justo reconocer el impacto que ha tenido en mi trabajo la corriente de los *Critical Race Studies* y sus profundas y, a mi juicio, acertadas reflexiones en torno a la concepción de la raza como una categoría dinámica, el racismo como un problema sistémico y estructural, y el Derecho como un producto político y una poderosa herramienta de cambio social.

Conviene igualmente destacar que el manejo de un sistema jurídico extranjero y una doctrina igualmente foránea ha supuesto una dificultad añadida en el desarrollo de esta investigación. La falta de materiales bibliográficos traducidos al castellano me ha obligado a manejar las fuentes originales, que he traducido de forma autónoma. Mi falta

una formación específica en la traducción jurídica ha podido dar lugar a algunas imperfecciones en esta labor. No obstante, espero que a pesar de ello mi trabajo pueda contribuir a acercar al lector hispanohablante el cautivador debate estadounidense sobre el principio de igualdad.

Por lo que se refiere a su estructura formal, esta tesis doctoral está dividida en cinco capítulos. El capítulo primero analiza el impacto de la sentencia de la Corte Suprema que resolvió el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, considerado el punto de inflexión que marcó el inicio de la doctrina moderna sobre la cláusula de igual protección. Resulta particularmente relevante el estudio de la recepción doctrinal de este caso y los intensos debates mantenidos en torno a su fundamento último; una controversia que aún sigue viva en la doctrina y que, como se estudiará en capítulos sucesivos, se ha manifestado en las sentencias más recientes de la Corte Suprema a propósito del empleo de acciones positivas en la educación primaria y secundaria. Tanto los defensores como los detractores de estas medidas se consideran los legítimos herederos del legado de la Corte Warren y el movimiento por los derechos civiles.

El capítulo segundo analiza la repercusión del proceso de desegregación escolar en la construcción del significado de la igualdad constitucionalmente garantizada. Las dificultades que encontraron la Corte Suprema y los tribunales federales a la hora de dar respuesta a las diversas estrategias que algunos estados del Sur pusieron en marcha para evitar la integración de sus sistemas educativos ponen de manifiesto la debilidad de las interpretaciones que reducen la cláusula de igual protección a una prohibición de las clasificaciones raciales. Por otro lado, los particulares problemas presentados por las formas de segregación de los estados del Norte evidencian la importancia de tener en cuenta los efectos de las prácticas estatales a la hora de aplicar la cláusula de igual protección. Igualmente, este capítulo permitirá analizar las diferencias entre la aproximación que hizo la Corte Warren a *intención discriminatoria* y el significado que ha adquirido este concepto en la doctrina del *intent* desarrollada a partir de finales de la década de los setenta.

El capítulo tercero analiza el origen del conflicto entre las doctrinas del *intent* y el *disparate impact*, dos piezas fundamentales en el Derecho Antidiscriminatorio estadounidense. A tal fin, presenta los problemas surgidos en relación con la desarticulación de las prácticas empresariales que perpetuaban la exclusión de los afroamericanos de determinados sectores productivos. A través del estudio de los debates

doctrinales que provocaron casos singularmente relevantes en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema como *Griggs v. Duke Power Company*, *Palmer v. Thompson*, *Washington v. Davis* o *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, este capítulo señala las ventajas y desventajas que presentan las concepciones de la discriminación basadas alternativamente en la intención o los efectos de las prácticas de los poderes públicos. Se explicará igualmente que las doctrinas del *intent* y el *disparate impact*, hoy presentadas a menudo como formas contrarias de interpretar la discriminación, tenían en su origen un significado diferente al que han terminado adquiriendo. En particular, la doctrina del *intent*, hoy objeto de duras críticas por parte de la doctrina progresista, jugó en los años setenta un papel importante en la desarticulación del legado de la legislación Jim Crow.

Los capítulos cuarto y quinto abordan la problemática constitucional que ha rodeado a las acciones positivas, medidas caracterizadas por emplear criterios raciales con el objetivo de mejorar la posición social, política o económica de colectivos históricamente discriminados, o de corregir su infrarrepresentación en determinados sectores. El debate sobre el difícil encaje constitucional de las acciones positivas ha sido uno de los temas centrales para el constitucionalismo estadounidense en las últimas décadas. Su protagonismo en el debate académico sobre la cláusula de igual protección necesariamente tenía que encontrar reflejo en esta investigación, y ello explica el lugar privilegiado que ocupa en este trabajo. La razón última de la enorme atención que han recibido las acciones positivas por parte de la doctrina es que analizar su constitucionalidad exige contar con una teoría sólida y consistente de interpretación del principio de igualdad, y la indefinición de algunas de las teorías formuladas antes de su aparición impedía abordar su encaje constitucional de manera coherente. El enfrentamiento entre sus partidarios y detractores retrata con singular claridad el contraste entre las distintas concepciones de la igualdad que han sido defendidas a lo largo de las últimas décadas. De hecho, el debate constitucional sobre estas medidas sirvió de catalizador en la conformación definitiva de las corrientes anti-clasificación y anti-subordinación como modelos interpretativos enfrentados de la cláusula de igual protección.

He dedicado el primer apartado del capítulo cuarto a la exposición del origen de las acciones positivas como instrumento de política pública durante los mandatos presidenciales de John F. Kennedy y Lyndon B. Johnson y a la síntesis de los principales

argumentos que se han defendido a favor y en contra de su empleo. A continuación, me he centrado en el estudio del origen y el desarrollo de la doctrina de la revisión judicial por niveles y, en especial, del uso que hizo la Corte Warren de la aplicación del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales. Lo que me ha llevado a tratar con detenimiento esta cuestión es que el tratamiento que han recibido las acciones positivas en la jurisprudencia constitucional ha conferido un papel central a cuál ha de ser el nivel de escrutinio empleado en el examen de su constitucionalidad. Por lo general, tanto los magistrados como los autores más conservadores han defendido la aplicación del escrutinio estricto, mientras que los más progresistas han defendido la aplicación de un estándar de revisión más deferente. Posicionarse en este debate exige, necesariamente, conocer el origen y la finalidad de la aplicación del escrutinio estricto a las clasificaciones raciales. En el apartado tercero he estudiado los trabajos que JOHN HART ELY, RICHARD A. POSNER, PAUL BREST y OWEN FISS desarrollaron en los años setenta a propósito de la correcta interpretación de la cláusula de igual protección y del encaje constitucional de las acciones positivas. He seleccionado sus trabajos porque sus reflexiones han tenido una influencia determinante en los debates doctrinales que en las décadas posteriores se han mantenido a propósito de esta cuestión, así como en la articulación de las posiciones de los magistrados de la Corte Suprema al respecto. En el último apartado del capítulo he abordado el estudio de la crítica que los *Critical Race Studies* han dirigido contra la concepción que tanto conservadores como liberales han hecho del fenómeno de la discriminación. El pensamiento de esta corriente, que apenas ha tenido difusión en Europa, es un importante contrapunto en el debate sobre el tratamiento constitucional de la discriminación.

En el capítulo quinto he tratado de realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre las acciones positivas durante las últimas cuatro décadas. La selección jurisprudencial estudiada incluye el tratamiento de estas medidas en el ámbito del empleo, la construcción, la industria radiofónica y la educación primaria, secundaria y superior. He excluido únicamente el empleo de estas medidas en el ámbito electoral, que plantea cuestiones muy particulares que exceden el objeto de esta investigación. He acompañado el análisis de los casos resueltos por la Corte Suprema de las reflexiones y enfrentamientos que han suscitado sus sentencias en la doctrina, para ofrecer un retrato completo del debate constitucional sobre el encaje constitucional de las acciones positivas y, en último término, del verdadero significado de la igualdad

garantizada por la Decimocuarta Enmienda. El apartado cuarto de este capítulo, dedicado al estudio de la jurisprudencia sobre las acciones positivas en la educación, es, probablemente, el que muestra con mayor claridad la profundidad de los problemas constitucionales que suscitan estas medidas. Evidencia asimismo la transformación que ha sufrido la doctrina del escrutinio estricto en su aplicación a las preferencias raciales en favor de grupos minoritarios, así como el surgimiento de una nueva perspectiva sobre la correcta interpretación de la cláusula de igual protección en el pensamiento de magistrados como Sandra Day O'Connor o Anthony Kennedy, que la doctrina ha bautizado como corriente anti-balkanización. En fechas recientes, la admisión por parte de la Corte Suprema de los casos *Students for Fair Admissions v. Harvard* y *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*, sobre los que se espera que dicte sentencia en los próximos meses, han alimentado la controversia a propósito del empleo de las acciones positivas en la educación superior. Dada la amplia mayoría conservadora de la Corte Suprema tras el ingreso de los tres magistrados nombrados a propuesta del Presidente Donald Trump, son muchos los autores que auguran una restricción de las posibilidades que hasta ahora la jurisprudencia constitucional había dejado abiertas para el recurso a estas medidas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre las acciones positivas es, sin duda, uno de los elementos más interesantes del debate sobre el principio de igualdad en el constitucionalismo estadounidense. Por un lado, retrata con claridad la particular interconexión que se da en el Derecho estadounidense entre jurisprudencia y doctrina. Por otro, la evolución de la Corte a lo largo de las últimas décadas demuestra la orientación cada vez más conservadora de este órgano, así como el peso del pensamiento político de los magistrados en la configuración de las mayorías que determinan el sentido de su fallo. Además, el problema racial que se pretende resolver a través de estas medidas es un tema extraordinariamente sensible para la sociedad estadounidense. En consecuencia, el debate sobre su constitucionalidad apela a las convicciones más profundas de los magistrados, lo cual confiere a sus enfrentamientos una singular intensidad y tiñe sus reflexiones de un tono particularmente apasionado. En definitiva, el capítulo quinto reúne varios elementos que, como he tratado de transmitir a lo largo de este trabajo, muestran una determinada manera de entender y crear el Derecho Constitucional a partir de un diálogo abierto entre la jurisprudencia, la doctrina jurídica y el legislador que lleva a la práctica la mejor idea de la *living Constitution*; y todo ello en

torno a un problema que resulta capital en la configuración de la identidad política, moral y constitucional del país.

