

LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE ACUERDO CON LO DECIDIDO POR LA SUPREMA CORTE EN EL PERIODO 2012

Toni JAEGER-FINE*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Casos sobre igualdad de la Suprema Corte en el periodo 2012.* III. *La jurisprudencia reciente de la Corte en materia de igualdad.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En junio, como todos los especialistas encargados de dar seguimiento a los asuntos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, esperábamos el anuncio de los casos paradigmáticos a decidirse este año. En ese tiempo fui honrada al recibir la invitación para escribir un artículo para este homenaje al doctor Jorge Carpizo. Esta coincidencia fortuita de tiempos me impactó en diversos niveles. Primero, no tenía duda de que si el doctor Carpizo hubiera estado este pasado junio con nosotros, él hubiera compartido nuestras expectativas respecto de los más importantes casos de la Suprema Corte. En segundo lugar, sospecho que el doctor Carpizo hubiera estado particularmente interesado en los casos concernientes a la constitucionalidad de la Ley para la Defensa del Matrimonio (Defense of Marriage Act), en el caso relativo a una parte clave de la Ley de Derechos Electorales (Voting Rights Act) y en el caso que aborda el tema de la acción afirmativa en la educación superior. Estos casos afectan uno de los aspectos fundamentales en el corazón del sistema legal de los Estados Unidos: la igualdad. Sería presuntuoso predecir la reacción del doctor Carpizo a cualquiera de estos desarrollos jurisprudenciales, pero los resultados son una mezcla para aquellos quienes hubieran preferido ver

* Directora adjunta de Programas Internacionales, Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham, Nueva York. La autora puede ser contactada en tfine@law.fordham.edu. Traducción de Carlos María Pelayo Moller (IIJ-UNAM).

criterios robustos y transformativos para la cláusula de igualdad y la protección de los grupos marginales.

La segunda parte de este artículo discute tres casos decididos por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el periodo 2012, que terminó en junio de 2013, en los que se analizó la cláusula de igualdad: *Estados Unidos v. Windsor*, en el que la Corte invalidó la Ley de Defensa del Matrimonio a nivel federal, que preveía que los matrimonios entre las personas del mismo sexo, aprobados por sus respectivos estados, no serían reconocidos por la ley federal; el caso del *Condado de Shelby v. Holder*, en el que la Corte invalidó una provisión vital de la histórica Ley de Derechos Electorales; y *Fisher v. Universidad de Texas*, en el que se esperaba, pero se omitió, la respuesta a la pregunta sobre si las acciones afirmativas en la educación pública superior sobrevivirían el escrutinio constitucional.

La tercera parte de este artículo discute el significado de estos casos desde la perspectiva de la doctrina de protección igualitaria e intenta reconciliar la aparente inconsistencia en el acercamiento de la Suprema Corte a la noción de igualdad, en estas recientes decisiones.

II. CASOS SOBRE IGUALDAD DE LA SUPREMA CORTE EN EL PERIODO 2012

1. *Estados Unidos v. Windsor* (2013)

A. *La Ley Federal de Defensa del Matrimonio*

En la decisión largamente esperada del caso *Estados Unidos v. Windsor*,¹ una mayoría de 5 a 4 en la Suprema Corte declaró inconstitucional la sección 3 de la llamada Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA, por sus siglas en inglés),² que prevé lo siguiente:

En la determinación del significado de cualquier Ley del Congreso, de cualquier decisión, regulación o interpretación de las distintas dependencias administrativas y agencias de los Estados Unidos, la palabra “matrimonio” significa solamente la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, y la palabra “cónyuge” se refiere sólo a la persona del sexo opuesto que es un esposo o esposa.³

¹ *United States v. Windsor*, 133 S.Ct.2675 [en adelante citado como *Windsor*].

² Nota del traductor.

³ Código de los Estados Unidos 1 U.S.C. §7 (título 1, sección §7).

Aunque la Ley de Defensa del Matrimonio por sí misma no restringe la facultad de los estados de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, la sección 3 afectaba a más de 1,000 leyes federales “en las que el estatus marital o conyugal era remitido como un asunto de la ley federal”.⁴

El caso fue llevado por Edith Windsor, albacea y beneficiaria de la propiedad de su esposa y pareja por un largo tiempo, Thea Spyrer. La señora Windsor alegaba que le correspondía la exención de impuestos estatales como cónyuge sobreviviente que le fue negada con base en lo dispuesto en la sección 3 de la Ley de Defensa del Matrimonio. Ella, subsecuentemente, llevó a cabo una acción legal para que se declarara inconstitucional la sección 3. Tanto la corte de distrito como la de apelación determinaron la inconstitucionalidad de la sección 3. La Suprema Corte coincidió con estas decisiones.⁵

B. La decisión de la mayoría que determinó la inconstitucionalidad de la Ley de Defensa del Matrimonio

La decisión de la mayoría, escrita por el juez Kennedy y apoyada por los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan, empezó con la discusión sobre el fondo del caso subrayando el estatus del matrimonio entre personas del mismo sexo, que se encuentra permitido en doce estados y el distrito de Columbia.⁶ La Corte notó que, contra este contexto, “el diseño, propósito y efectos de la Ley de Defensa del Matrimonio deben ser considerados como el punto de inicio para decidir si es válida bajo la Constitución”.⁷

En este tenor, la Corte enfatizó que “por historia y tradición, la definición y regulación del matrimonio... ha sido tratado dentro de la autoridad y ámbito de cada Estado”.⁸ La sentencia hace una crónica de la larga historia de la regulación estatal del matrimonio y la deferencia del gobierno federal a los estados en la materia.⁹ La sentencia, asimismo, señala que “la Ley de Defensa del Matrimonio rechaza el precepto largamente establecido de que los incidentes, beneficios, y obligaciones del matrimonio son uniformes para todas las parejas casadas dentro de cada estado, aunque estas condiciones podrían variar, en la medida de que dependan de las garantías constitucionales, de un estado a otro”.¹⁰

⁴ *Windsor*, p. 2683.

⁵ *Ibidem*, p. 2682.

⁶ *Ibidem*, p. 2689.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, pp. 2689 y 2690.

⁹ *Ibidem*, pp. 2690-2693.

¹⁰ *Ibidem*, p. 2697.

La Corte no encontró que la Ley de Defensa del Matrimonio violara los principios federales. Por el contrario, determinó que la sección 3 sí vulneraba los principios constitucionales del debido proceso e igualdad:

La Ley de Defensa del Matrimonio perjudica al grupo que el estado de Nueva York busca proteger. Al hacerlo, viola los principios del esencial debido proceso e igualdad aplicables al Gobierno Federal... La desviación inusual de la Ley de Defensa del Matrimonio de la tradición usual de reconocer y aceptar las definiciones estatales de matrimonio opera para privar a las parejas del mismo sexo de los beneficios y responsabilidades que resultan del reconocimiento federal de sus matrimonios. Esta es una fuerte evidencia de una ley que tiene el propósito y efecto de desaprobado a ese grupo. El propósito declarado y el efecto práctico de la ley aquí en cuestión es el de imponer una desventaja, un estatus separado, y con ello, un estigma a todos aquellos que conformen un matrimonio entre personas del mismo sexo realizado legalmente por parte de la incuestionable autoridad de los Estados.¹¹

Como la Corte explica con más detalle, la Ley de Defensa del Matrimonio priva a las parejas casadas del mismo sexo de la protección igualitaria de las leyes:

El efecto principal de la Ley de Defensa del Matrimonio es identificar un subconjunto de matrimonios validados por los estados y hacerlos desiguales. El principal propósito es imponer la desigualdad, no por razones de eficiencia gubernamental. Las responsabilidades, al igual que los derechos, incrementan la dignidad y la integridad de la persona. Así, la Ley de Defensa del Matrimonio priva a algunas parejas casadas bajo la ley de su estado, pero no a todas, de sus derechos y responsabilidades. Por medio de la creación de dos regímenes contradictorios en el mismo estado, la Ley de Defensa del Matrimonio obliga a las parejas del mismo sexo a vivir como casadas para los propósitos de la ley estatal pero sin matrimonio para efectos de la ley federal, disminuyendo, por consiguiente, la estabilidad y predictibilidad de las relaciones personales básicas que el Estado ha encontrado adecuado reconocer y proteger. Por medio de esta dinámica, la Ley de Defensa del Matrimonio mina el significado público y privado de los matrimonios del mismo sexo validados por el Estado; por lo que les dice a esas parejas, y a todo el mundo, que sus otrora matrimonios válidos no merecen el reconocimiento federal. Esto coloca a los matrimonios de las parejas del mismo sexo en una posición inestable, la de un matrimonio de segunda. La diferenciación rebaja la pareja, cuyas opciones morales y sexuales son protegidas por la Constitución, y cuyas relaciones ha tratado de dignificar el Estado. Además, esto humilla a decenas

¹¹ *Ibidem*, p. 2693.

de miles de niños que ahora son criados por parejas del mismo sexo. La Ley en cuestión hace aun más difícil para los niños entender la integridad y cercanía de su propia familia y su armonía con otras familias en su comunidad y en sus vidas diarias.

Bajo la Ley de Defensa del Matrimonio, parejas del mismo sexo tienen sus vidas limitadas, por razón de un decreto gubernamental, de formas visibles y públicas...¹²

Adicionalmente, la Corte sostuvo que la Ley de Defensa del Matrimonio es también una violación de las protecciones derivadas del debido proceso:

Lo que ha sido explicado hasta este punto debería ser más que suficiente para establecer que el principal propósito y el efecto necesario de esta Ley son degradar a esas personas que se encuentran legalmente en un matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto requiere que la Corte sostenga, como lo hace ahora, que la Ley de Defensa del Matrimonio es inconstitucional como una privación de la libertad de la persona protegida por la Quinta Enmienda de la Constitución.¹³

C. *Los disidentes*

El presidente de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, el juez Roberts y los jueces Scalia, Thomas y Alito, votaron en contra de la mayoría. En su voto disidente, el juez Scalia condenó a la Corte por ejercer activismo judicial:

Este caso es sobre el poder en varios aspectos. Es sobre el poder de nuestro pueblo de gobernarse a sí mismo y el poder de esta Corte para pronunciar el derecho. La opinión de hoy magnifica lo último, con la previsible consecuencia de disminuir lo primero. No tenemos poder para decidir este caso. E incluso si lo tuviéramos, nosotros no tenemos poder bajo la Constitución para invalidar esta legislación adoptada democráticamente. Los errores de la Corte en ambos puntos surgen de la misma raíz enferma: una exaltada concepción del rol de esta institución en los Estados Unidos de América.¹⁴

En cuanto al fondo del asunto, el juez Scalia acusó a la mayoría, de basar su criterio en una serie de justificaciones que “no poseen fundamento” y que son “cambiantes”,¹⁵ y de emprender un análisis de la cláusula de

¹² *Ibidem*, p. 2694 (citas omitidas por la autora).

¹³ *Ibidem*, p. 2695.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 2697 y 2698 (voto disidente del juez Scalia).

¹⁵ *Ibidem*, p. 2705 (voto disidente del juez Scalia).

igualdad, que carece del rigor del marco tradicional.¹⁶ Él también culpa a la mayoría por encontrar una violación al debido proceso, tomando en cuenta que los matrimonios del mismo sexo no son “profundamente enraizados en la historia y tradición de este país”.¹⁷

El juez Scalia pasó a criticar a la mayoría por invalidar la ley con el argumento de que la misma era motivada por un deseo de lastimar a un tipo específico de personas, encontrando que esto realmente era una legítima base para legislar. La mayoría, argumentó Scalia, “ha declarado una temporada de caza a cualquier ley que (en la opinión de los opositores a esa ley y cualquier conjunto de jueces federales afines) pueda ser caracterizada como vil”.¹⁸ En lugar de ello, el juez Scalia encontró que la Ley de Defensa del Matrimonio resuelve apropiadamente un número importante de asuntos espinosos que era previsible que surgieran de las diferentes interpretaciones estatales de matrimonio, y ofrecía una “prudencia estabilizante” diseñada para “asegurar que el nivel de experimentación estatal no alterara automáticamente la operación básica de la ley federal”.¹⁹ El juez Scalia igualmente arguyó que “defender el matrimonio tradicional no es condenar, degradar o humillar a aquellos que prefieren otros arreglos”.²⁰

El voto disidente sonó como una campana de alerta ante una posible “pendiente resbaladiza” surgida de la decisión de la mayoría. El juez Scalia observó que el siguiente paso de la Corte podría ser “un requisito constitucional para dotar de formal reconocimiento a los matrimonios del mismo sexo”, y opinó que “lo único que va a ‘limitar’ lo decidido por la Corte es la conciencia respecto a todo lo que puede llegar a implicar”. El juez continuó diciendo: “Por medio de declarar formalmente a cualquiera opuesto al matrimonio del mismo sexo, enemigo de la decencia humana, la mayoría se arma muy bien de cualquier reto que pudiera oponer una ley estatal que restrinja el matrimonio a su definición tradicional”.²¹

El juez Scalia concluyó su voto disidente de esta forma:

En lo que nos cuenta la mayoría, esta historia es blanco y negro: odia a tu vecino o ven a nuestro lado. La verdad es más compleja. Es difícil admitir que nuestros oponentes políticos no son monstruos, especialmente en una lucha como ésta, y que el reto al final demuestra ser más grande de lo que

¹⁶ *Ibidem*, pp. 2716 y 2717 (voto disidente del juez Scalia).

¹⁷ *Ibidem*, p. 2707, citando a *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997).

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 2708 (voto disidente del juez Scalia).

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*, p. 2710 (voto disidente del juez Scalia).

la Corte puede manejar hoy. Muy mal. Este es un recordatorio que el desacuerdo sobre algo tan fundamental como lo que es el matrimonio puede ser, aun en nuestros días, políticamente legítimo. Esta pudo haber sido una tarea apropiada para lo que en tiempos más recientes fue llamado el temperamento judicial. Nosotros nos pudimos haber cubierto de honor el día de hoy, asegurando a todas las partes en este debate que les concernía a ellos resolverlo y que, al hacerlo, nosotros íbamos a respetar su decisión. Nosotros debimos haber dejado que el pueblo decidiera.

Pero es algo que la mayoría no hará. Algunos se alegrarán de la decisión el día de hoy, y otros se entristecerán, esa es la naturaleza de una controversia que es tan importante para tantos. Pero la Corte ha engañado a ambos lados, robando a los ganadores una victoria honesta y a los perdedores la paz que viene de una derrota justa. Nosotros les debíamos a ambos algo mejor. Yo disiento.²²

2. *Condado de Shelby, Alabama v. Holder (2013)*

En el caso del *Condado de Shelby, Alabama v. Holder*,²³ la Suprema Corte abordó la pregunta consistente en si las provisiones clave de la Ley de Derechos Electorales de 1965 (Voting Rights Act of 1965) eran inconstitucionales. En una decisión fuertemente dividida, emitida con vigorosos votos disidentes firmados por cuatro jueces, la Corte invalidó la sección 4 de la Ley, al encontrar que no se justificaba más por las circunstancias actuales. Parafraseando al exjuez Blackmun, si es que hay mucho que aplaudirle a la Corte respecto a su decisión en *Windsor*, hay mucho que temerle en cuanto a su decisión en *Shelby*.²⁴

A. *La 15a. enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y la Ley de Derechos Electorales de 1965*

Las llamadas Enmiendas de la Reconstrucción (*Reconstruction Amendments*) —la 13a., 14a. y la 15a. enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos— fueron ratificadas en el despertar de la guerra civil americana y

²² *Ibidem*, p. 2711.

²³ *Shelby, Alabama v. Holder*, 133 S.Ct. 2612 (2013) [en adelante *Shelby*].

²⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 940 (1992) (“Si hay mucha razón en aplaudir los avances realizados por la opinión de la mayoría el día de hoy, hay aún más razones para temer la opinión del presidente de la Corte”) (juez Blackmun, voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente).

fueron diseñadas para rectificar algunas de las injusticias raciales que marcaron los primeros años de los Estados Unidos y que eventualmente condujeron a la guerra civil. En particular, la 13a. enmienda abolió la esclavitud; la 14a. enmienda requirió que los estados otorguen a las personas en sus jurisdicciones el debido proceso legal e igual protección, y, la más relevante para la decisión de la Corte en *Shelby*, la 15o. enmienda, ratificada en 1870, prevé que “el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no puede ser negado o restringido por los Estados Unidos o por cualquier estado por razones de raza, color o condición previa de servidumbre”. Adicionalmente, la enmienda dio al Congreso el “poder de hacer cumplir este artículo a través de la legislación adecuada”.

A pesar de su lenguaje directo, los objetivos a ser alcanzados por la 15a. enmienda fueron ilusorios durante mucho tiempo. Algunos estados, particularmente aquellos en la región sur de la nación, idearon formas astutas de evitar cumplir con el mandato de la 15a. enmienda. Si bien fueron llevados a cabo litigios para terminar con las prácticas discriminatorias relacionadas con el voto en varios estados, los mismos resultaron ser lentos y costosos,²⁵ y “los estados encontraron nuevas formas de discriminar tan pronto las existentes eran derogadas”.²⁶ Como resultado, “el registro de votantes afroamericanos escasamente había mejorado”.²⁷ En pocas palabras, como lo determinó la Corte, “El primer siglo de aplicación por parte del Congreso de la [15a.] Enmienda... sólo puede ser visto como un fracaso”.²⁸

El Congreso aprobó la Ley de Derechos Electorales de 1965 a partir de las facultades conferidas por la 15a. enmienda y en respuesta a las fallas en su implementación. Algunas secciones de la Ley aplican a nivel nacional, mientras que otras fueron enfocadas a aquellos estados o localidades que tenían una historia de indiferencia hacia la igualdad en materia electoral.²⁹ Estas áreas, conocidas como jurisdicciones “cubiertas”, incluían a Alabama, Georgia, Luisiana, Mississippi, Carolina del Sur y Virginia, así como 39 condados en Carolina del Norte y uno en Arizona.

La sección 4 de la Ley prohibía a las jurisdicciones cubiertas, emplear cualquier estándar o instrumento que tuviera el propósito o el efecto de minar el derecho al voto por razones de raza o color. La sección 5 preveía que ningún cambio en los procedimientos electorales de las jurisdicciones

²⁵ Véase *Shelby*, p. 2624.

²⁶ *Ibidem*, p. 2620.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

cubiertas podría entrar en vigencia hasta que no fuera aprobado por el fiscal general o por un panel de tres jueces federales.

Las secciones 4 y 5 de la Ley de Derechos Electorales fueron creadas con la intención de que fueran temporales, con una fecha de expiración inicial de solamente cinco años después de su promulgación.³⁰ Estas previsiones fueron renovadas numerosas veces.³¹ Las mismas permanecieron en efecto hasta que el condado de Shelby, una jurisdicción cubierta, demandó al fiscal general buscando que se emitiera una orden judicial que declarara y, en consecuencia, ordenara la inconstitucionalidad de las secciones 4 y 5 de dicha Ley.

B. *La decisión de la Suprema Corte: federalismo e igualdad soberana de los estados*

Una estrecha mayoría de la Suprema Corte, en una decisión escrita por su presidente John Roberts, concluyó que esta provisión de la Ley de Derechos Electorales era inconstitucional. La Corte apoyó su decisión en consideraciones tanto de federalismo como de igualdad soberana de los estados:

En el caso *Northwestern Austin*, declaramos que “la ley impone límites actuales y deben ser justificados por necesidades actuales”. Concluimos que “apartarnos del principio de igualdad soberana de los estados requiere demostrar que la cobertura geográfica diferenciada [que hace la ley] se encuentra suficientemente justificada por la problemática a la que se dirige”.³²

Federalismo: respecto a lo que concierne al federalismo, la Corte anotó que —aparte de las limitaciones impuestas por la cláusula de supremacía—³³ “los estados conservan una amplia autoridad en la estructuración de sus gobiernos y en lo concerniente a perseguir objetivos por medio de su legislación”.³⁴ De hecho, la Corte señaló que el “acomodo de poderes en nuestro sistema federal” está intencionalmente diseñado para “preservar...

³⁰ *Ibidem*, p. 2620.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 2622, citando *Northwestern Austin Mun. Utility Dist. No. One v. Holder*, 557 U.S. 193, 203 (2009) (citas adicionales omitidas).

³³ El artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos contiene la cláusula de supremacía, la cual dispone que “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema del país y los jueces de cada estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

³⁴ *Shelby*, p. 2623.

la integridad, dignidad, y la soberanía residual de los estados”.³⁵ En particular, la Constitución garantiza a los estados “amplios poderes para determinar las condiciones bajo las cuales el derecho al voto debe ser ejercido”.³⁶

Igualdad soberana de los estados: la Corte indicó que, en *adición* a la noción de estado soberano, “existe también un ‘principio fundamental de igualdad soberana’ entre los estados”.³⁷ Bajo esta doctrina largamente sustentada, los estados son “iguales en poder, dignidad y autoridad”.³⁸

Al evaluar la sección 4 bajo estos principios establecidos, el presidente de la Suprema Corte, el juez Roberts, concluyó que la “Ley de Derechos Electorales parte de estos principios básicos”.³⁹ En cuanto a la soberanía estatal y al federalismo, la Corte concluyó que la ley ya no era efectiva porque las jurisdicciones cubiertas “deben implorar al gobierno federal el que les otorgue permiso de implementar leyes que de otra forma tendrían el derecho de promulgar y ejecutar por sí mismas...”.⁴⁰ Igualmente, la Corte notó que la sección 4 se desviaba de la noción de igualdad soberana.⁴¹

La Corte explicó por qué fue posible sostener, con anterioridad, todas las previsiones de la Ley de Derechos Electorales en numerosas decisiones; explicó que esta “rigurosa” y “potente” legislación era un “ejercicio del poder del Congreso poco común” pero fue “justificado por «circunstancias excepcionales»”.⁴²

En subsiguientes revisiones a la Ley de Derechos Electorales, la Corte de nuevo observó la naturaleza “extraordinaria” de la legislación⁴³ que fue justificada por la “conurrencia de... circunstancias únicas”⁴⁴ y el hecho de que la legislación hubiera sido concebida para ser temporal. Al evaluar la fórmula de cobertura aplicada en los primeros años de la Ley de Derechos Electorales, la Corte encontró que era “racional tanto en la práctica como en la teoría” a causa de la naturaleza penetrante de la discriminación en contra de los votantes en las jurisdicciones cubiertas.⁴⁵

³⁵ *Idem*, citando *Bond v. United States*, 131 S.Ct. 2355 , 2364(2011)

³⁶ *Idem*, citando *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89, 91 (1965) (citas adicionales omitidas)

³⁷ *Idem*, citando *Northwest Austin* p. 203.

³⁸ *Idem*, citando *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559, 567 (1911).

³⁹ *Ibidem*, p. 2624.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 2623.

⁴² *Ibidem*, p. 2630, citando *South Carolina v. Katzenbach* , 383 U.S. 301, 308, 315, 334, 337 (1966).

⁴³ *Ibidem*, p. 2625, citando *Katzenbach*, p. 333.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 334.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 2625.

Volviendo al presente, la Corte encontró que “las circunstancias habían cambiado dramáticamente” en las jurisdicciones cubiertas.⁴⁶ En esos estados y localidades, el registro de los votantes y las tasas de participación no reflejan disparidad racial, las leyes para los votantes abiertamente diferenciadoras son poco frecuentes, y los candidatos de minoría ejercen cargos de elección en niveles sin precedentes.⁴⁷ Estos avances reflejan para la Corte el éxito de la Ley de Derechos Electorales: “Debido a la Ley de Derechos Electorales, nuestra nación ha logrado grandes avances”.⁴⁸ Al mismo tiempo, la Corte encontró que la Ley de Derechos Electorales no había reflejado los avances alcanzados en materia de voto igualitario en años anteriores: “La Ley no ha disminuido las restricciones en su sección 5 o reducido el alcance de la fórmula de cobertura de la Sección 4(b) a lo largo del tiempo. Esas extraordinarias modalidades sin precedentes fueron reautorizadas, como si nada hubiera cambiado...”.⁴⁹

Por lo tanto, la Corte concluyó que las cargas impuestas por la sección 4 no estaban justificadas por las circunstancias modernas, sino que, en cambio, seguían siendo impuestas con base en “información desactualizada por décadas y prácticas erradicadas”.⁵⁰ Como explicó la Corte:

En 1965, los Estados podían ser divididos en dos grupos: aquellos con una historia reciente de discriminación electoral y bajos índices de registro de votantes y de tasa de participación, y aquellos sin esas características. El Congreso basó su fórmula de cobertura en esa distinción. Hoy en día la nación ya no se encuentra dividida en esas líneas; a pesar de ello, la Ley de Derechos Electorales continúa tratándola como si así lo fuera.⁵¹

Tomando en cuenta que la 15a. enmienda “no está diseñada para castigar por el pasado” sino “para asegurar un mejor futuro”,⁵² la Corte concluyó que cualquier tratamiento diferenciado de los estados por el Congreso debe “tener... sentido a la luz de las condiciones actuales. No puede simplemente descansar en el pasado”.⁵³ Al revisar los voluminosos registros que el Congreso compiló, la Corte notó que los mismos fallan en demostrar la

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibidem*, p. 2626.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibidem*, p. 2627.

⁵¹ *Ibidem*, p. 2628.

⁵² *Ibidem*, p. 2629.

⁵³ *Idem.*

“penetrante”, flagrante, generalizada y desenfrenada discriminación que el Congreso enfrentó en 1965, y que claramente distinguió a las jurisdicciones cubiertas del resto de la nación en aquel tiempo”.⁵⁴ La Ley de Derechos Electorales es simplemente una nueva promulgación de la ley existente en condiciones previas; el Congreso no realizó ningún esfuerzo por “crear una fórmula de cobertura basada en las condiciones actuales”.⁵⁵

La mayoría se esmeró en señalar que el Congreso permanece libre para emitir “otra fórmula basada en las condiciones actuales”⁵⁶ y concluyó de la siguiente forma: “Nuestro país ha cambiado y dado que cualquier discriminación racial en materia electoral es intolerable, el Congreso debe asegurarse que la legislación que apruebe para remediar ese problema se encuentre conforme a las condiciones actuales”.⁵⁷

La jueza Ginsburg emitió su voto disidente, al que se unieron el juez Breyer y las juezas Sotomayor y Kagan. En su voto, Ginsburg refutó los argumentos de la mayoría (incluyendo el que la Corte no haya cedido ante los argumentos del Congreso), los cuales se basaban en un significativo acervo probatorio presente en el expediente. El voto disidente empieza de la siguiente manera:

Desde el punto de vista de la Corte, el mero éxito de la sección 5 de la Ley de Derechos Electorales exige ponerla a dormir. El Congreso era de otra opinión. Al reconocer que un gran progreso ha sido alcanzado, determinó, basándose en un voluminoso expediente, que el azote de la discriminación no ha sido aún extirpado. La pregunta que este caso presenta es quién decide si la actualmente operativa sección 5 es justificable: ¿esta Corte o el Congreso encomendado con la obligación de implementar las Enmiendas de la época posterior a la Guerra Civil “a través de la legislación apropiada”? Con abrumador apoyo de ambas cámaras, el Congreso concluyó que, por dos razones principales, la sección 5 debería continuar en vigor, sin ser abreviada. Primero, la continuidad facilitaría el que se completaran las impresionantes ganancias alcanzadas hasta ahora; y en segundo lugar, la continuidad prevería una reincidencia. Esas evaluaciones se encontraban dentro de las facultades del Congreso y deberían obtener la aprobación generosa de esta Corte.⁵⁸

El voto disidente, citando la opinión de la mayoría, señaló el reconocimiento de la Corte del hecho básico de que “la discriminación electoral

⁵⁴ *Idem*, citando a *Katzenbach*, pp. 308, 315 y 331.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 2629.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 2631.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 2632 y 2633 (voto disidente de la jueza Ginsburg).

existe, nadie duda de eso”.⁵⁹ Sin embargo, la jueza Ginsburg continuó diciendo que “la Corte el día de hoy elimina el recurso que probó ser más adecuado para impedir esa discriminación. La Ley de Derechos Electorales de 1965 ha trabajado para combatir la discriminación electoral donde otros recursos lo han intentado y han fallado”.⁶⁰

En particular, el voto disidente observa que “el Congreso aprendió de la experiencia que las leyes que se dirigían en particular a ciertas prácticas electorales o que facilitaban el litigio de caso por caso, eran inadecuadas para esta tarea”.⁶¹ A partir de las fallas de estas primeras aproximaciones poco ordenadas al problema de la discriminación electoral, el enfoque del Congreso en la Ley de Derechos Electorales fue más sistemático y sistémico, y la Ley “se convirtió en una de las más consecuentes, eficaces y ampliamente justificadas en el ejercicio del Poder Legislativo federal en la historia de la nación”.⁶² A pesar de este esfuerzo, “seguramente no se han eliminado todos los vestigios de discriminación en contra del ejercicio del sufragio por parte de los ciudadanos de las minorías”.⁶³

La jueza Ginsburg también notó la persistencia de los llamados “obstáculos de segunda generación” al voto, como la reconfiguración de los distritos electorales en un esfuerzo para aislar a las minorías raciales, lo que diluye el impacto de los votos de las mismas. La perpetuación de éstas y otras innovaciones llevaron al Congreso a empezar “temprana y concienzudamente” audiencias para determinar la viabilidad de la continuidad de la sección 4 de la Ley.⁶⁴ Y durante esas audiencias el Congreso “acumuló un expediente importante de elementos” que apoyaban la continua, seria y extendida intención de discriminar en las jurisdicciones cubiertas.⁶⁵

El voto disidente enfatizó la deferencia que se le debe —y que históricamente se le ha dado— al criterio del Congreso respecto al ejercicio de sus poderes bajo la 14a. y 15a. enmiendas, como le ha sido conferida su autoridad para usar “todos los medios apropiados, que se adapten plenamente a los fines constitucionales declarados por esas Enmiendas”.⁶⁶

⁵⁹ *Ibidem*, p. 2633 (voto disidente de la jueza Ginsburg).

⁶⁰ *Idem* (voto disidente de la jueza Ginsburg).

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, p. 2634

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 2635.

⁶⁵ *Idem*, citando a *Northwest Austin Municipal Util. Dist. No. One v. Holder*, 557 U.S. 193, 205 (2009).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 2627 (voto disidente de la jueza Ginsburg), citando a *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat 316, 421 (1819).

Como la jueza Ginsburg observó: “Cuando se confronta la más odiosa forma de discriminación que atenta contra la Constitución, y el derecho fundamental más básico en nuestro sistema democrático, el Congreso tiene el poder de actuar a la altura”.⁶⁷ Aquí, Ginsburg mencionó que la mayoría usurpó el Poder del Legislativo al sustituir el juicio del Congreso por el propio.⁶⁸ Y la Corte lo hizo sin ningún “genuino intento de lidiar con la masiva información legislativa que el Congreso envió”.⁶⁹

En adición a su falta de deferencia a la masiva información generada por el Congreso, el voto disidente indicó que la mayoría también se desvió de la práctica prudencial y de los precedentes que evitaban retar directamente la Ley de Derechos Electorales;⁷⁰ además, consideró que no se aplicó la doctrina de igualdad soberana de la propia Corte.⁷¹ Estos dos puntos —de acuerdo con la jueza Ginsburg— son los “pasajes más perturbadores” en la decisión de la Corte.⁷²

En la conclusión del voto, los disidentes hicieron notar la “triste ironía” de la Corte al “fracasar para comprender por qué la Ley de Derechos Electorales ha probado ser efectiva” y las posibles repercusiones perniciosas de esa falta de visión:

La Corte parece creer que el éxito de la Ley de Derechos Electorales en eliminar las condiciones específicas existentes en 1965 significa que la reautorización no es necesaria. Con esa creencia, y el argumento derivado de ella, la historia se repite. La misma presunción —que el problema se podría resolver identificando y eliminando métodos particulares de discriminación electoral— fue consentida y su fracaso... demostrado antes de la promulgación de la Ley de Derechos Electorales. A diferencia de previsiones anteriores, que estaban dirigidas a estándares o dispositivos específicos, la Ley de Derechos Electorales se encuentra fundamentada en el reconocimiento del Congreso de una “variedad y persistencia” de medidas diseñadas para perjudicar los derechos electorales de las minorías. En honor a la verdad, la evolución de la discriminación electoral en barreras sutiles de segunda generación es una poderosa evidencia que un recurso tan efectivo como la reautorización sigue siendo de vital importancia para proteger los derechos electorales de las minorías para prevenir una reincidencia en esas conductas.⁷³

⁶⁷ *Ibidem*, p. 2636 (voto disidente de la jueza Ginsburg).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 2644 (voto disidente de la jueza Ginsburg).

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 2644 (voto disidente de la jueza Ginsburg).

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 2651 (voto disidente de la jueza Ginsburg) (citas omitidas).

Y la jueza Ginsburg reprendió a la Corte por su enfoque:

El enfoque del Congreso en la reautorización de la Ley de Derechos Electorales en 2006 fue tomado con gran cuidado y seriedad. Lo mismo no puede ser dicho respecto a la opinión de la Corte el día de hoy... Uno hubiese esperado más de una opinión impactante para el corazón de un emblema nacional de los derechos civiles.⁷⁴

3. *Fisher v. Universidad de Texas (2013)*

Una de las decisiones largamente esperadas de la Suprema Corte en el periodo 2012 fue la relativa al caso *Fisher v. Universidad de Texas*.⁷⁵ El centro de la controversia era si el programa de acción afirmativa de la Universidad de Texas cumplía con los estándares constitucionales. La Corte evitó decidir el asunto planteado, pero llegó a una determinación en una decisión de siete a uno,⁷⁶ con ambas partes clamando victoria. Para aquellos que favorecen las preferencias basadas en origen racial en la educación superior, el actual régimen que permite acciones afirmativas bajo ciertas circunstancias permanece intacto; para aquellos que se oponen a estas preferencias, la decisión de la Corte en *Fisher* puede ser vista como la imposición de una carga muy alta derivada de las clasificaciones basadas en cuestiones raciales, y tal vez sea una señal de que el apoyo de la Corte a esas clasificaciones está por terminar.

En vez de decidir la controversia planteada, la Corte reenvió el caso al tribunal inferior, requiriéndole demostrar que “las alternativas disponibles que funcionan con un enfoque neutral hacia la distinción racial no son suficientes”,⁷⁷ antes de que la institución pueda tomar en cuenta cuotas raciales en sus procedimientos de admisión. También determinó que el “escrutinio estricto”, la forma de revisión judicial en casos de protección igualitaria en donde distinciones raciales son propuestas, “no permite a un tribunal aceptar la aseveración de la institución educativa de que sus procedimientos de admisión utilizan criterios raciales de una forma permisible sin que el tribunal realice un análisis detallado de cómo el proceso funciona

⁷⁴ *Ibidem*, p. 2644 (voto disidente de la jueza Ginsburg).

⁷⁵ *Fisher v. University of Texas*, 133 S.Ct. 2411 [en adelante *Fisher*].

⁷⁶ La jueza Ginsburg dirigió de la mayoría, y la jueza Kagan se excusó de intervenir en la deliberación del caso.

⁷⁷ *Fisher*, p. 2420.

en la práctica”.⁷⁸ Los tribunales que revisan programas de acción afirmativa deben “verificar que es necesario para una universidad la utilización de criterios raciales para lograr el beneficio educativo de la diversidad” —un análisis que requiere “una cuidadosa investigación judicial para decidir si una universidad puede lograr suficiente diversidad sin usar clasificaciones raciales”—.⁷⁹

Fischer deja claro que la institución debe probar que necesita la utilización de criterios raciales de diversidad para lograr este objetivo. Asimismo, rechazó el hecho de que el tribunal de apelación haya aceptado la “buena fe” de la Universidad como estándar para demostrar lo antes expuesto.⁸⁰

III. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE EN MATERIA DE IGUALDAD

Las decisiones de la Suprema Corte en los casos *Windsor*, *Condado de Shelby* e incluso *Fisher* reflejan lo que puede ser el surgimiento de una nueva jurisprudencia en materia de protección igualitaria. Cómo definir o entender esta jurisprudencia, sin embargo, es una tarea complicada.

Respecto a los derechos de los homosexuales, la Suprema Corte por varios años se ha ido moviendo en torno a un mayor grado de igualdad. Aun así, la Corte se ha quedado corta en, por ejemplo, determinar que los homosexuales son un grupo protegido o que el ejercer un proyecto de vida dentro de esa orientación sexual es un derecho fundamental. No obstante, las decisiones de la Corte han reflejado una tendencia hacia la autonomía personal y la igualdad en asuntos relacionados con el sexo, la familia, la procreación, y asuntos similares.⁸¹ En *Windsor*, la Corte aceptó la posición de que el gobierno federal debe brindar un trato igualitario a todos los matrimonios aprobados por las leyes de los estados, y encontró que el gobierno carece incluso de un criterio racional para diferenciar a las parejas del mismo sexo, de las parejas de sexos opuestos.

Sin embargo, la Corte no aceptó la oportunidad que se le presentó en el periodo anterior en el caso *Hollingsworth v. Perry*,⁸² para emitir un criterio más amplio que hubiera determinado que la cláusula de protección iguali-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 2421.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 2420.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Véase, por ejemplo, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸² *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct. 2652 (2013).

taria *requiere* que los estados permitan matrimonios entre personas del mismo sexo. En su lugar dejó esa determinación a cada estado. Esto fue decepcionante para algunos, pero también es congruente con el enfoque general que la Corte ha adoptado para decidir estos casos progresivamente más que en una amplia y avasalladora decisión. Los que proponen un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional apelan al lenguaje en la decisión en *Windsor* para que la Suprema Corte en el futuro apoye dicho mandato.

De hecho, en su voto disidente en *Windsor*, el juez Scalia profetizó dicha consecuencia:

La penúltima oración de la decisión de la mayoría es una descarada afirmación en el sentido de que “esta opinión y sus criterios son limitados” a aquellas parejas “unidas en matrimonios del mismo sexo realizados conforme a las leyes de los estados”.⁸³ He oído ese tipo de “simples y poco razonadas aclaraciones” antes.⁸⁴ En el caso *Lawrence*, cuando la Corte declaró un derecho constitucional a la sodomía homosexual, se nos advirtió que el caso no tenía nada, pero nada que ver con la cuestión de “si el gobierno puede dar reconocimiento formal a cualquier relación que las personas homosexuales quieran emprender”.⁸⁵ Ahora se nos dice que la Ley de Defensa del Matrimonio es invalidada porque “rebaja a la pareja cuya moral y preferencias sexuales son protegidas por la Constitución”,⁸⁶ —acompañándola con una cita al caso *Lawrence*—. Es una falta de respeto de la mayoría que se formó hoy, asegurarnos, mientras están concluyendo su argumentación, que el requisito constitucional para otorgarle reconocimiento formal a los matrimonios entre personas del mismo sexo no es el asunto aquí —cuando lo que ha precedido a esa afirmación es una exposición de la superioridad moral de la decisión de la mayoría a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, contra la odiosa moral del Congreso en contra de dichos matrimonios—. Yo les anticipo esto: la única cosa que “limitará” la decisión de la Corte es la conciencia respecto a todo lo que puede llegar a implicar.⁸⁷

La aprehensión temerosa del juez Scalia, si llegara a pasar, sería a los ojos de muchos la concreción de un largo pero deliberado camino hacia la igualdad en el matrimonio, que comenzó en el caso *Loving v. Virginia*.⁸⁸

⁸³ *Ibidem*, pp. 2695 y 2696.

⁸⁴ *Lawrence*, 539 U.S., p. 604, 123 S.Ct. 2472.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 578, 123 S.Ct. 2472.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 2694.

⁸⁷ *Windsor*, p. 2709 (voto disidente del juez Scalia).

⁸⁸ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

En parte, lo que hace la decisión en *Windsor* una fuente de gran esperanza para algunos y una fuente de gran ansiedad para otros es que hay cierta verdad en lo que clama el juez Scalia, en el sentido de que las “justificaciones” de la mayoría se encuentran “sin fundamentos” y son “cambiantes”.⁸⁹ De hecho, la Corte mezcla varias líneas de análisis jurídico —federalismo (refiriéndose al rol tradicional de los Estados en la definición de lo que es un matrimonio); protección igualitaria (encontrando inválida una ley que trata a algunos matrimonios diferentes respecto a otros) y debido proceso legal sustantivo (señalando que la Ley de Defensa del Matrimonio niega respeto, personalidad y dignidad a las parejas del mismo sexo que se encuentran casadas)—. Parece que la determinación de en qué medida esta decisión descansa en fundamentos relacionados con el derecho a la igualdad, será una lucha que se deberá emprender en las cortes inferiores.

Respecto a asuntos en donde se discuten diferenciaciones a partir de criterios de raza, sin embargo, la Corte parece menos comprometida con los principios de igualdad. Esto es claro a partir de la decisión en el caso *Condado de Shelby*. Muchos podrían argumentar que la decisión en *Fisher*, mientras es sustantivamente agnóstica, mueve a la Corte en el sentido de adoptar una visión formal de la igualdad racial, al dejar de justificar los esfuerzos gubernamentales para asegurar la protección igualitaria de las minorías raciales en la vida de la nación.

En el caso *Condado de Shelby*, la Corte declara como inconstitucional lo que ha sido, de acuerdo con muchos (incluyendo a los jueces disidentes), el más eficaz mecanismo para frenar la discriminación electoral a nivel estatal y local. Y esto fue hecho en el contexto de una previsión constitucional —la 15a. enmienda— que específicamente otorga al Congreso el poder de aplicar su mandato sustantivo, que consiste en impedir que los estados nieguen o limiten el derecho a votar por motivos de raza. La Ley de Derechos Electorales, que fue significativamente restringida por la Corte en el caso *Shelby*, ha sido largamente vista como la joya de la corona del movimiento de derechos civiles —una ley que fue renovada siete años, después de veinte meses de consideración, veintiún audiencias y un expediente legislativo que sumaba 15,000 páginas—. La Ley fue aprobada por el voto unánime del Senado y abrumadoramente en la Cámara de Representantes por una votación de 390 a 33, y fue firmada por el expresidente George W. Bush. Aunque la Corte dejó abierta la posibilidad de que el Congreso pudiera promulgar una ley revisada que pase el escrutinio constitucional, la mayoría cree que esto sería poco probable debido al actual ambiente político en el Congreso.

⁸⁹ *Windsor*, p. 2705 (voto disidente del juez Scalia).

Los eventos que siguieron a la decisión de la Corte confirman la necesidad de tener una ley como la que fue invalidada. Autoridades en Alabama, Mississippi, Carolina del Norte y Texas anunciaron que tomarían acciones inmediatas para empezar a aplicar leyes que exigen identificación por parte de los votantes. Estas leyes presumiblemente tendrían un impacto discriminatorio en los derechos electorales.

Así, la decisión de la Corte en *Fisher* puede ser vista como la reafirmación de la hostilidad de la Corte hacia la protección igualitaria por motivos de raza.

Los que apoyan las acciones afirmativas se reconfortan en el hecho de que, al menos por el momento, la Suprema Corte no modificó su enfoque general sobre el tema. Ese enfoque fue recientemente articulado en el caso *Grutter v. Bollinger*.⁹⁰ En esa decisión, la Corte permitió a las universidades considerar los criterios raciales como uno de los numerosos factores en su decisión para alcanzar una “masa crítica” de estudiantes de minoría.

Mientras *Fisher* no hace nada para perturbar ese principio general, parece que impone una vara alta a la universidad para que pruebe que no existen alternativas razonables para alcanzar esa meta de diversidad racial. Aunque al menos existe una amnistía para los planes de acción afirmativa, como lo afirma Linda Greenhouse, dichos programas se encuentra en “terapia intensiva”.⁹¹

Claramente hay ciertas tensiones en la jurisprudencia de la Corte en materia de protección igualitaria, vista desde la perspectiva de los principales casos en la materia decididos en este último periodo.

Es necesario considerar qué tanto la Corte se ha apartado del propósito original de la cláusula de protección igualitaria, que fue claramente pensada para proteger de la discriminación racial a las personas libres que acababan de dejar la esclavitud y a otros afroamericanos. Las decisiones recientes de la Corte, incluyendo *Fisher*, y especialmente el caso *Condado de Shelby*, reflejan una hostilidad por parte de la mayoría a otorgar beneficios motivados por cuestiones raciales. Esta forma de pensar es una reminiscencia de la conclusión del presidente de la Suprema Corte, el juez Roberts, en un caso previo, en el que afirmó que “la forma de parar la discriminación por motivos de raza es parar de distinguir por motivos de raza”.⁹² Puede ser dicho que la mayoría de la Corte se está inclinando hacia un enfoque de igualdad formal, al menos cuando se trata de clasificaciones raciales. Sin embargo,

⁹⁰ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁹¹ Greenhouse, Linda, “The Cost of Compromise”, *The Opinionator*, *The New York Times*, 10 de julio de 2013.

⁹² *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 747 (2007).

otros jueces parecen estar a favor de un enfoque más dinámico y pragmático de la igualdad que tome en cuenta las disparidades históricas y modernas.

Esta teoría puede ser la mejor forma de reconciliar las decisiones de la Corte en los casos *Condado de Shelby* y *Windsor*; en ambos, una estrecha mayoría rechazó las clasificaciones creadas por el gobierno que favorecerían o desfavorecerían a un grupo sobre otro. Si la Corte sigue este enfoque cuando vuelva a examinar el caso *Fisher*, una concepción formal de la igualdad ayudaría a *Fisher*, y un enfoque más dinámico favorecería a la universidad. Aun así, la teoría deja a los jueces conservadores con un enfoque inconsistente respecto a su decisión en el caso *Windsor* (en el que ellos hubieran apoyado las distinciones gubernamentales basadas en la orientación sexual) y en *Shelby* (en donde ellos rechazaron las clasificaciones basadas en criterios raciales).

Este análisis es significativamente más complicado por el hecho de que el fallo en *Windsor* descansa en varios factores, siendo difícil discernir el fundamento preciso de la decisión de la Corte. Como se señalaba líneas arriba, hay un poco sobre federalismo, un poco sobre debido proceso sustantivo y un poco sobre protección igualitaria. Quedaría por ver cómo los tribunales inferiores y la misma Suprema Corte interpretan la decisión en *Windsor* y cómo esa decisión puede ser referenciada a un análisis de la cláusula de protección igualitaria.

Puede ser que los casos recientes en donde se invoca la protección igualitaria reflejen lo que el profesor Kenji Yoshino ha denominado “La nueva protección igualitaria”.⁹³ Yoshino argumenta que la “ansiedad pluralista”, dentro de la sociedad norteamericana, ha conducido a la Corte hacia “el fin de la doctrina de la igualdad como la conocemos”.⁹⁴ Esto no significa que no exista *más la protección para los grupos en desventaja, sin embargo, en su lugar, el profesor Yoshino se refiere a lo que el profesor Louis Henkin una vez llamó un “desplazamiento constitucional”.⁹⁵ Una implicación de este “desplazamiento” es que “los reclamos de igualdad y de libertad constitucional son comúnmente entrelazados”.⁹⁶ Esto podría ayudar a explicar la aparente inconsistencia entre las decisiones en *Windsor* y *Shelby*. Según esta teoría, la decisión en el caso del condado de Shelby refleja una contracción de la jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad, mientras que la decisión en *Windsor* puede ser propiamente vista como una decisión que descansa más en los argumentos del debido proceso que en un análisis de protección*

⁹³ Yoshino, Kenji, “The New Equal Protection”, 124 *Harv. L. Rev.*, 2011, p. 747.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 748.

⁹⁵ *Idem*, citando a Henkin, Louis, “Privacy and Autonomy”, 74 *Colum. L. Rev.*, 1974, pp. 1410 y 1417.

⁹⁶ Yoshino, *op. cit.*, p. 749.

igualitaria. Como lo ha mencionado el profesor Laurence H. Tribe, la jurisprudencia emanada de los casos puede reflejar “una narrativa en la que el debido proceso y el principio de igualdad, lejos de tener misiones separadas y que implicarían diferentes preguntas, se ven profundamente entrelazados en una doble hélice jurídica”.⁹⁷

Estas decisiones también podrían ser explicadas a partir de la noción de que la Corte juega una especie de rol político en la sociedad de los Estados Unidos. Esta visión de la Corte ha sido aparentemente suscrita por el presidente de la Suprema Corte, el juez Roberts, en una reciente conferencia judicial en el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito en los Estados Unidos. El presidente contestó lo siguiente en respuesta a una pregunta sobre el impacto de tener jueces en la Suprema Corte que en su momento se desempeñaron como jueces en cortes inferiores:

Esto debe tener algún impacto en como la Corte ve su trabajo, y yo no sé hasta ahora si esto es algo positivo o no. Si usted piensa que el trabajo de la Suprema Corte es tratar de aplicar la ley a casos particulares, tal vez tendría más sentido tener una corte de jueces.

Si usted considera que es más jugar un rol político —no en un sentido de política partidista, sino como parte del proceso político—... pues, entonces tal vez tenga más sentido tener personas que hayan estado activos en el campo de la política, ya sea en la rama ejecutiva o legislativa. Debe ser dicho algo sobre el rol de la Corte en términos de cuál es su composición.

Usted lo observa en los argumentos también. Tenemos un muy buen grupo de abogados que litigan ante la Suprema Corte. Ellos presentan argumentos legales. Si usted mira hacia atrás a los escritos que fueron interpuestos en la era de la Corte Warren, eran mucho más amplios. Esos escritos eran “pintados” con “una brocha más gorda” en términos de preocupaciones políticas. Reflejaban la audiencia que tenían enfrente de sí.

La gente puede y debería debatir si esto es o no positivo. Yo pienso en una consecuencia de ello, que es probablemente una buena evolución, si usted tiene una idea particular de qué tipo de asuntos deberían ser presentados ante la Suprema Corte. Sin embargo, alguien podría tener una opinión diferente respecto a que si es conveniente o no, si usted piensa en diferentes tipos de asuntos que se deberían conocer por la Suprema Corte.

Es así que pienso que todo se encuentra interrelacionado: la naturaleza de los argumentos legales, el perfil de los jueces de la Suprema Corte, los tipos de asuntos que son presentados...

⁹⁷ Tribe, Laurence H., “*Lawrence v. Texas*: The ‘Fundamental Right’ that Dare not Speak its Name”, 117 *Harv. L. Rev.*, 2004, pp. 1893, 1897 y 1898.

Si usted ha sido presidente, si usted ha sido gobernador, si usted ha sido senador, si usted tiene una forma particular de ver los asuntos y problemas de política pública. Si usted ha sido juez en el tribunal de apelaciones, me parece que usted tendría una forma muy diferente de ver los asuntos.

Por lo que se debe escoger qué tipo de preguntas usted piensa que la Corte debería decidir y si ellos nominan, para ocupar un cargo en la Suprema Corte, a personas que tienen una manera de ver la política pública de forma opuesta a otras personas con una tendencia... más técnica de ver el derecho. Tal vez ahí usted podría pensar que es una falta de correspondencia entre los tipos de preguntas que la Corte se empieza a hacer para decidir y el tipo de personal que debe tomar esas decisiones.

Y claro que usted puede obviamente resolver esas tensiones de una forma o de otra. Pero creo que no es una simple coincidencia o casualidad que se tenga una Corte que se ve tan diferente de lo que se veía en el pasado.⁹⁸

Estos comentarios reflejan la obvia posición de que, como cualquier persona, los jueces de la Suprema Corte forman sus criterios a través de sus propias percepciones del derecho, de la sociedad y del mundo a su alrededor. Al menos hasta cierto punto las decisiones de la Corte pueden llegar a reflejar esas predisposiciones personales.

Finalmente, la evolución de la jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad puede ser explicada, al menos en parte, por la noción de que la Suprema Corte frecuentemente se mantiene en buenos términos con la sociedad en una cantidad importante de temas. Como afirma el profesor Yoshino, “el derecho constitucional no opera independientemente de los amplios e irreversibles desarrollos de la sociedad”.⁹⁹ El reflejo de la ansiedad pluralista de la que se hablaba antes puede explicar bien la aparente restricción de las garantías de protección igualitaria, reconociendo con ello, al menos en parte, una tendencia de la opinión pública en este tema.

IV. CONCLUSIÓN

Al final del día la reacción de la mayoría a los casos decididos en el pasado periodo por la Suprema Corte en lo concerniente al derecho de igualdad fue una mezcla de alegría en algún modo por la decisión en *Windsor* y consternación por la decisión en el caso del condado de Shelby, mezclado con

⁹⁸ Palabras del presidente de la Suprema Corte, juez John Roberts, en la Conferencia Judicial Bienal del Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos. Greenhouse, Linda, “Justices on the Job, Opinionator”, *The New York Times*, 24 de julio de 2013.

⁹⁹ Yoshino, *op. cit.*, p. 755.

una señal aprehensiva de alivio sobre el hecho de que la decisión en *Fisher* haya sido diferida. Otros, por supuesto, fueron desanimados por *Windsor*, extasiados por *Shelby* y esperanzados sobre el posible final de las acciones afirmativas.

La jurisprudencia en materia de protección igualitaria de la Suprema Corte, como se ve reflejada en los casos más significativos del pasado periodo en esta materia, probablemente manifiestan una combinación de la totalidad de un número indeterminado de factores —un cambio hacia una noción más formal de igualdad, confusión de los alcances de la decisión en *Windsor* en cuanto a la doctrina de protección igualitaria, ansiedad de pluralismo, el rol político de la Corte y la propia percepción de la Corte respecto a la apreciación popular de la igualdad— entre otros. Queda por ver si la Corte se alejará aún más de la protección de minorías raciales y el alcance que tendrá la protección de los intereses de otras minorías insulares.

Tal vez podamos intentar entender esto durante el nuevo periodo de la Corte, que empieza el 7 de octubre de 2013, cuando se discuta el caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*. En ese caso, la Corte analizará si la cláusula de protección igualitaria prohíbe a un estado modificar su Constitución para establecer que el gobierno no debe considerar ningún criterio racial en la toma de decisiones.¹⁰⁰ Los ojos de muchos especialistas en el trabajo de la Suprema Corte se encontrarán observándola. Desearía que el doctor Carpizo hubiera estado entre ellos.

¹⁰⁰ Nota del traductor: el caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action* trata sobre si sería constitucional una enmienda a la Constitución del Estado de Michigan, que con el afán de no hacer ningún tipo de distinción racial —ni a favor, ni en contra— terminaría eliminando las medidas de acción afirmativa en las universidades estatales y colegios de ese estado. Como puede constatar el lector a lo largo del texto, queda de manifiesto que el gran debate en Estados Unidos en torno a la cláusula de protección igualitaria no se centra sobre si se puede discriminar o no —eso, vale decir, se encuentra fuera de toda discusión—, sino respecto a la validez de las medidas que toman las entidades públicas a favor de las minorías que históricamente han sido y en muchos casos continúan siendo discriminadas, a través de las llamadas acciones afirmativas. Estas medidas positivas en muchos casos se traducen como espacios garantizados en las universidades para ciertas minorías raciales. Un tema de lo más importante en el que no se llegó a pronunciar la Suprema Corte de forma definitiva en el caso *Fisher*.