

MINORIAS NI TAN “DISCRETAS” NI TAN “INSULARES”: LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS FRENTE A LA DISCRIMINACION HOY¹

MINORITIES NEITHER “DISCRETE” NOR SO “INSULAR”: UNITED STATES SUPREME COURT AGAINST DISCRIMINATION TODAY

Por WALTER F. CARNOTA(*)

RESUMEN: En este trabajo el autor analiza tres pronunciamientos recientes de la Corte Suprema norteamericana: una desestimación de un amparo presentado por una parroquia cuyos feligreses se encontraban limitados a concurrir por la pandemia del COVID-19; un cuestionamiento de tres empleados homosexuales a sus despidos solicitando se los encuadrara como actos de discriminación laboral con arreglo al Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964; finalmente, un reclamo de un grupo de migrantes que viven desde hace años en los Estados Unidos (*dreamers*), quienes habían sido beneficiados por un programa de la Administración de Barack Obama y que su sucesora quiso dar por concluido.

PALABRAS CLAVES: Control judicial de constitucionalidad – Interpretación constitucional – Derechos de las minorías – Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

ABSTRACT: In this paper, the author analyzes three recent rulings of the United States Supreme Court: a defeat of an injunction filed by a parish church whose parishioners were limited to attend as a consequence of the COVID-19 pandemic; a claim by three homosexual employees of their dismissals requesting that they be classified as acts of labour discrimination under Title VII, Civil Rights Act of 1964; finally, a complaint by a group of migrants who have lived for years in the United States (*dreamers*) and have been benefited from a program by the Barack Obama’s administration -which his successor wanted to conclude-.

KEY WORDS: Judicial review of legislation – Constitutional interpretation – Minority rights – United States Supreme Court Case Law



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rdm.2020\(3\)01](http://dx.doi.org/10.22529/rdm.2020(3)01)

¹ Artículo recibido el 28 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 15 de julio de 2020.

(*) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Doctorando en Derecho (UNC). Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesor Titular Ordinario UNLZ, USAL y UCES. Director Académico del Doctorado en Derecho de la UNLZ. Consejero Directivo por el claustro docente y Director del Centro de Economía y Gestión Judicial de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Juez Federal de la Seguridad Social.

I.- Marco teórico general

En los Estados Unidos, mucho se ha hablado acerca de los fundamentos últimos del control de constitucionalidad (*judicial review*). Se constató que estamos claramente en presencia de una “dificultad contra-mayoritaria”³, ya que el órgano que inspecciona la validez constitucional de una ley o de un reglamento no es electo por el pueblo, careciendo de una legitimidad democrática de primer grado. Esa crítica hierde de raíz el *fino mecanismo de relojería* inventado por la Suprema Corte de los Estados Unidos debido a la pluma del *Chief Justice* John Marshall a partir de *Marbury v. Madison*⁴, que apodera al departamento judicial para ese concreto menester⁵.

Sin embargo, el Alto Tribunal ha buscado a lo largo de su historia argumentaciones adicionales para fortalecer su postura, al ritmo de nuevas valoraciones sociales. El Tribunal, con matices, no ha dejado de ser un actor político central de la vida política americana y ha ofrecido diversas justificaciones para explicar ese lugar. Empero, no siempre su inmenso peso logra activarse. Encontramos así una mixtura de *autorictas* y de *imperium*. En una sociedad democrática, su poder se reequilibra y balancea con los otros dos. Empero, se ha sostenido que “cuando sus decisiones pueden ser directamente implementadas por los tribunales inferiores, la Alta Corte puede instigar cambio social suficiente más allá de la opinión pública”.⁶

Al buscar nuevos horizontes para apuntalar al control de constitucionalidad, la famosa “nota 4” al voto del juez Stone en la sentencia dictada en *United States v. Carolene Products Co.*⁷, tal vez la nota a pie de página⁸ más trascendente del derecho constitucional norteamericano, nos remite a la protección de las minorías “discretas e insulares” para argumentar -desde ese lugar- al contralor constitucional. En otras palabras, las mayorías son defendidas en y por el proceso político, capturando según el momento y el caso, la Presidencia y/o el Congreso. Los

³ Uno de los autores que más trabajó esta ardua cuestión fue BICKEL, quien afirma de modo contundente: “La dificultad de raíz es que el control de constitucionalidad es una fuerza contra-mayoritaria”. BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch (The Supreme Court at the Bar of Politics)*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16.

⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

⁵ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”. 5 U.S., p. 177.

⁶ HALL, Matthew E.K., *The Nature of Supreme Court Power*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 163.

⁷ 304 U.S. 144 (1938)

⁸ “Footnotes form an indispensable if messy part of that indispensable, messy mixture of art and science: modern history”. GRAFTON, Anthony, *The Footnote (A Curious History)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 235. Lo mismo ocurre en el campo del Derecho. Se pregunta Ackerman por qué una nota a pie de página, resaltando su carácter de “síntesis”. ACKERMAN, Bruce, *We the People I*, Quito, IAEN, 2015, p. 148.

grupos desaventajados quedaban a la vera del “poder menos peligroso”, como lo definía Alexander Hamilton: el judicial.

La visión de la década de 1930, de profundas transformaciones en el seno de la Corte norteamericana como consecuencia de la “Gran Depresión” (1929) y del *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt (desde 1933 en adelante)⁹, se asumía cultural y políticamente que las minorías eran grupos históricamente relegados que pugnaban con mansedumbre para integrarse al proceso político, en donde por el contrario sobresalían las mayorías legislativas y los recelaban con prejuicios. Hoy en día las minorías de las que hacía gala la apodada “nota 4” no son tan discretas ni insulares como allí se evocaba: son vocales, activas, participan en los medios de comunicación y en las redes sociales, manifiestan y protestan, además de litigar en los tribunales todo el tiempo.¹⁰

II.- La coalición del *New Deal*

Es que el cambio de perspectiva del Supremo americano a partir del *New Deal* -“momento constitucional” según Ackerman¹¹- no fue para nada menor. Como se ha observado, “la famosa nota a pie de página 4 de *Carolene Products* articuló una justificación para el uso por parte de la Corte del control de constitucionalidad a favor de un nuevo conjunto de beneficiarios”.¹² Es así que la coalición que apoyaba a Roosevelt –personas de raza negra, sindicatos, partidarios de la libre expresión de ideas- van a encontrar un oído empático en el

⁹ Su impacto en la Corte se logró con el famoso “*switch in time which save Nine*” en “*West Coast Hotel v. Parrish*” (300 U.S. 379 [1937]). Hasta allí, las libertades fundamentales “se concentraban en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación”. CARNOTA, Walter F., “Los valores y las libertades preferidas”, en BIDART CAMPOS, Germán J., y otro (Coordinadores), *Los valores en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1999, p.169. Ello venía a confluír en un par de décadas de profundo anti-formalismo y de hondo realismo, de la mano de Oliver Wendell Holmes y de Roscoe Pound, una visión crítica que este último hará de la “jurisprudencia mecánica”. ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra, 2015, p. 41.

¹⁰ Tal como estudió EPP, la litigación comienza con una “estructura de apoyo” dada por la comunidad forense y las organizaciones de derechos. Esa estructura fue la que se conformó hacia 1920 y contribuyó decisivamente a los cambios jurisprudenciales de las décadas siguientes. EPP, Charles R., *The Rights Revolution (Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective)*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 44 y ss.

¹¹ ACKERMAN, Bruce, *We the People I*, ob. cit., p. 61, quien identifica como “etapas iusgenerativas”, a la de los Padres Fundadores, al período de la llamada “Reconstrucción” y a la del “New Deal”, instancias de producción normativa superior.

¹² BAUM, Laurence, *Ideology in the Supreme Court*, Princeton, Princeton University Press, 2017, p. 26.

Alto Tribunal en las décadas subsiguientes. Ello es producto de lo que Tribe denomina “la revolución constitucional de 1937”.¹³

Al decir de Bianchi, para esta época “el control de constitucionalidad cambió sustancialmente de rumbo. En lo atinente a la libertad patrimonial y contractual se debilitó, intensificándose para proteger en los Estados Unidos los derechos civiles. De tal suerte, la Corte norteamericana, construyó a partir de esa época, un doble *standard* de constitucionalidad. Por un lado, los derechos económicos, y por el otro, las llamadas libertades fundamentales (v.gr., la libertad de expresión, de reunión, de religión, de privacidad). Con atención a los primeros, sólo una grosera inconstitucionalidad puede permitir al Tribunal invalidar la ley. Por el contrario, en relación a las segundas, es el Estado quien debe justificar la existencia de un interés especial en la restricción de los mismos. Como vemos, la presunción de constitucionalidad de las leyes juega de manera distinta en un caso y en otro”.¹⁴

Concretamente, la nota al pie 4 aclaraba en tres párrafos ese doble rasero. En particular, el tercer párrafo “reflejó una concientización que una aplicación equilibrada pero formal de la presunción de constitucionalidad podía dejar a estos grupos a merced de una mayoría intolerante. El reconocimiento de la necesidad de una protección judicial especial para estos grupos es la *principal* fuerza de la nota a pie de página y la principal razón de su continuada vitalidad”.¹⁵ Una nueva “red clientelar”, favorable a los intereses del partido demócrata, había surgido. Para Shapiro, ésa es “la función de la doctrina de la posición preferida”.¹⁶

¹³ TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, 1988, p. 769 y ss.

¹⁴ BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, tomo II, ps. 402/403. Cuando se encuentra involucrado un derecho fundamental, el escrutinio es más estricto; cuando no lo está, una indagación de base racional bastará, pasando por un escrutinio intermedio. FINE, Toni M., *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007, ps.35/36, en especial los gráficos explicativos. Su crítica en DIDIER, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas (Estudio de la doctrina de la CS de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 352, en particular una noción utilitarista de la razonabilidad que desatiende el núcleo duro del derecho afectado.

¹⁵ ALFANGE Jr., Dean, “Footnote Four”, en HALL, Kermit L. (Editor), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nueva York, 1992, p.307. La relación entre sus segundo y tercer párrafos es la más interesante. ELY, John Hart, *Democracy and Distrust (A Theory of Judicial Review)*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 76.

¹⁶ SHAPIRO, Martin, “The Supreme Court: From Warren to Burger”, en KING, Anthony (Editor), *The New American Political System*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1978, p.191. La aludida nota 4 no estuvo exenta de ser criticada, por ser precisamente una nota y no reunir consenso mayoritario en el Tribunal al momento de fallar el caso. Así, Félix Frankfurter en *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 89-92.

Claro que no siempre las Altas Cortes han comprado esta línea expositiva de las mayorías y minorías. Muchas veces los tribunales se han embarcado en una política de “acompañamiento” de las políticas públicas de tal o cual gobierno, como aconteció en la Argentina en la década de los noventa del siglo pasado. No siempre las Cortes son “contra-mayoritarias”: hay veces que, son producto, o acompañan, a la mayoría, y las minorías vuelven a quedar en los márgenes del proceso político, sin poder participar¹⁷. Los mediados de los '30 del siglo pasado eran épocas “mayoritarias” en los EE.UU: los derechos económicos pasaron de tener protección jurisdiccional extrema (la era de la jurisprudencia del debido proceso sustantivo de comienzos de centuria) a carecer de ella.

Pero, dentro de una visión mayoritaria, perforó una excepción para las minorías identificadas en el tercer párrafo de la nota 4, de “grupos” que serían acreedores a una tutela judicial reforzada.¹⁸ Visualizó sectores, particularmente raciales, que en palabras de Cover no eran sólo perjudicados por el proceso político, sino “perpetuos perdedores”, sus “víctimas pasivas”. La nota 4 dio pie, años más tarde, a *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁹ y, diez años más tarde, a la Ley de Derechos Civiles.

Con posterioridad, el conservadurismo político en los Estados Unidos hizo gala, en muchísima medida, del “mayoritarismo”²⁰. Anclándose en posturas hermenéuticas interpretativistas, originalistas o textualistas²¹, esta corriente jurisprudencial consideró que el poder judicial debía limitarse a una aplicación automática (un retorno a la “jurisprudencia mecánica” criticada por Pound) del material infra-constitucional²², sin salirse de los cánones de

¹⁷ La idea de participación -ya presente en Ely- la vemos en DUCAT, Craig, y CHASE, Howard W., *Constitutional Interpretation (Rights of the Individual)*, St. Paul, West, 1992, p.1517.

¹⁸ COVER, Robert M., “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”, 91 YALE LAW JOURNAL 7 (1982), p. 1295.

¹⁹ 347 U.S. 483 (1954)

²⁰ En disidencia, Rehnquist en *Sugarman v. Duggall* (413 U.S. 634 [1973], p. 657) ya afirmaba -haciéndose eco de la concurrencia de Frankfurter en *Kovacs* ya referida- que no se pueden “encontrar minorías ‘discretas e insulares’ en cada vuelta de la esquina”.

²¹ “El originalismo alcanzó la prominencia en la década de 1980 explícitamente como una teoría de restricción judicial, como un antídoto de las Cortes Warren y Burger”. GREENE, Jamal, “Interpretation”, en TUSHNET, Mark; GRABER, Mark A., y LEVINSON, Sanford (Editores), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 895. “Los conservadores frecuentemente alegan que el originalismo es el (mejor) o único método de legítima interpretación constitucional”. FELDMAN, Stephen M., *The New Roberts Court, Donald Trump and Our Failing Constitution*, Cham, Suiza, Springer, 2017, p.7.

²² Al decir de SAGUES, el “juez legal” procura “interpretar el derecho subconstitucional como derecho independiente del constitucional”. SAGUES, Néstor P., *El Tercer Poder (Notas sobre el perfil político del Poder Judicial)*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 30.

la “doctrina de la evitación” (*avoidance doctrine*) que aconseja no invalidar actos de otros poderes salvo cuando se traspasase un muy exigente umbral²³. De lo contrario, esos actos se presumen válidos. Ello entroncaba con una tradición procesal en los Estados Unidos, en donde se requiere que la inconstitucionalidad sea frontal o contundente, sin atenuantes, para poder proceder a ser declarada²⁴.

Sin embargo, ello hace a la “excepcionalidad norteamericana”²⁵. En efecto, los nuevos constitucionalismos declaman y reclaman un rol más activo del juzgador, inclusive reduciendo al máximo la *interpositio legislatoris*. El derecho internacional de los derechos humanos y hasta el derecho comunitario van en esa dirección, identificando grupos desaventajados, vulnerables y hasta hiper-vulnerables.

Luego del “momento constitucional” de la lucha por la igualdad racial y el auge de los derechos civiles, la Suprema Corte norteamericana pasó a recorrer otros rumbos, alejada de la defensa de los “más débiles” dentro del sistema político y social.

III.- Actitudes versus estrategia

Discernir el comportamiento judicial, deducir las “profecías de lo que harán los tribunales” que menciona Oliver Wendell Holmes²⁶ nunca es tarea fácil. De modo esquemático, ha habido en los estudiosos de la Suprema Corte de los Estados Unidos dos líneas de estudio o investigación: a) aquéllos que se han orientado a acentuar la perspectiva ideológica de los integrantes, como vimos con Shapiro y Baum, lo que genéricamente se podría denominar “postura actitudinal”; b) los que consideran que las decisiones judiciales están basadas en los cálculos estratégicos de sus principales jugadores.

²³ “La Corte -dice López Bofill- no entrará a valorar aspectos de constitucionalidad siempre que pueda basarse en otros fundamentos”. LOPEZ BOFILL, Héctor, *Declaraciones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 242.

²⁴ THAYER, James B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol.7, número 3 (25 de octubre de 1891), p. 144.

²⁵ Noción utilizada para resaltar, bajo una luz positiva, las características propias del sistema político norteamericano, en una tradición intelectual que se remonta a las reflexiones que formulara Alexis De Tocqueville en su famoso viaje. “La situación de los norteamericanos es excepcional”. PETERSON, Paul E., “Is America Still the ‘Hope of the Earth’ (Origins and Underpinnings of American Exceptionalism)”, en GILLIGAN, Thomas W. (Editor), *American Exceptionalism in a New Era (Rebuilding the Foundation of Freedom and Prosperity)*, Stanford, California, Hoover Institution Press, 2017, p. 5.

²⁶ HOLMES, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, Carlisle, Massachussets, Applewood, s/f, p.9.

Las dos corrientes tienen, obviamente, su cuota de razón, como que están respaldadas por un notable *corpus* de literatura especializada cada una. Y a veces es lo insondable de cada conducta humana, las motivaciones más ocultas o recónditas, los estímulos más aleatorios y contingentes, lo que puede inclinar el fiel de la balanza para un lado o para el otro. “El derecho no es una física de las acciones humanas”, decía Jorge Llambías entre nosotros. Máxime en un sistema jurídico-político como el norteamericano, con un basamento de *Common Law*, que permite una fundamentación más “subjetiva” de la decisión²⁷ que en los esquemas continentales romanistas.

Claro que no es sencillo rotular a una conducta judicial como “estratégica”. Para simplificar el tema, se ha afirmado que “la toma de decisión estratégica es acerca de una elección *interdependiente*: la acción de un individuo es, en parte, una función de su expectativa sobre la acción de otros. Decir que un juez de la Corte actúa estratégicamente es decir que es consciente de que su éxito o fracaso depende de las preferencias de otros actores y de las acciones que espere que tome, no sólo sus propias preferencias y acciones”.²⁸

IV.- Un nuevo horizonte jurisprudencial

En este trabajo, nos proponemos analizar tres fallos recientes del Tribunal Supremo: una desestimación de un amparo (*injunction*) presentado por una parroquia cuyos feligreses se encontraban limitados a concurrir por la pandemia del COVID-19; un cuestionamiento de tres empleados homosexuales a sus despidos solicitando se los encuadrara como actos de discriminación en el empleo con arreglo al Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964; finalmente, el grupo de migrantes que viven desde hace años en los Estados Unidos (*dreamers*) que habían sido beneficiados por un programa de la Administración de Barack Obama y que su sucesora quiso dar por concluido.

Como puede colegirse, son pleitos que han ido madurando, tanto políticamente como en las instancias federales inferiores desde hace varios años. Pero ello permite ver en

²⁷ Con especial pertinencia a los Estados Unidos, se ha dicho que: “Debemos salir de la visión binaria de juzgar ‘subjetiva versus objetivamente’ hacia un enfoque que integre los elementos personales e interpersonales del juzgamiento. Juzgar es un acto humano. Y en este emprendimiento, las vendas dejan a los jueces ciegos. En la tradición del derecho común, los jueces deben juzgar con sus ojos abiertos”, EDLIN, Douglas E., *Common Law Judging (Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law)*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 2016, p.19.

²⁸ EPSTEIN, Lee, y KNIGHT, Jack, *The Choices Justices Make*, Washington, Congressional Quarterly, 1998, p.12.

funcionamiento la “mayoría conservadora” apuntalada por el Presidente Trump con dos nuevos ingresos al Supremo: Neil Gorsuch (autor de una de las ponencias) y Brett Kavanaugh, firmemente ubicado en el ala “pro-poder” y no “pro-derechos” del máximo Tribunal americano.

El análisis de jurisprudencia constitucional en los Estados Unidos nunca se desgaja del reclutamiento político de sus integrantes. No es sólo un examen aséptico o frío de la normativa involucrada, sino que procura o intenta explicar las causalidades de los fenómenos que se observan. Y una conclusión hartamente evidente es que la mayoría del Tribunal no se ha comportado tan monolíticamente como se había pregonado. Claro que son tiempos distintos. Una pandemia global que azotó fuertemente a los Estados Unidos, sumado al clima de creciente crispación política, socio-económica y racial de la sociedad norteamericana. Tal vez estas sentencias se inscriban en este cuadro de situación, muy distinto al de los inicios y mediados de la Administración Trump, cuando el Presidente nominó a Neil Gorsuch y a Brett Kavanaugh.

Nos interesa destacar las lecturas políticas y jurídicas de las decisiones tratadas, sin entrar a consideraciones filosóficas, éticas o religiosas que escapan al campo de objeto de este trabajo. No hay modo de separar o segregar los condimentos políticos de estas decisiones, dado que su origen se da en las disputas entre los individuos y el poder. Por lo demás, y en famosa observación, Alexis De Tocqueville constataba ya en su tiempo que “*There is hardly a political question in the United States which does not sooner or later turn into a judicial one*”.²⁹ La relación entre la política y el derecho es siempre dinámica, pasa por vectores que están en constante interacción y movimiento, con lo cual es muy difícil predecir conductas judiciales futuras.

En estos casos, siempre ha estado presente la problemática de la igualdad sustancial. La misma es un valor entendido, a la par de un derecho, cuya conculcación asume en nuestro tiempo el mote de discriminación. Como se apreciará, salvo el primer caso, son otras personas las que reclaman y las que hoy ven satisfechas sus pretensiones de trato igualitario. En todas estas causas está presente el rol de la Administración, y su poder frente a destinatarios del poder que piden ser tratados de modo igualitario.

²⁹ DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America*, Garden City, New York, Anchor Books, 1969, p. 270.

V.- Religión y pandemia

Con motivo de una acción de amparo (*injunction*) deducida contra un decreto del Gobernador de California Gavin Newsom que limitaba la concurrencia a las iglesias en 25 % de su capacidad edilicia o 100 concurrentes, se produce una primera fisura interesante en el seno de la Corte. El amparo es referido por la jueza Elena Kagan a sus colegas del Tribunal.

La mayoría, en una breve sentencia del 29 de mayo de 2020, desecha el remedio. El juez Alito lo concedería, otros cuatro jueces no. Ahora bien, el Presidente del Tribunal (*Chief Justice*) John Roberts escribe un voto concurrente (*concurring opinion*) al criterio desestimatorio, mientras que el juez Brett Kavanaugh, la última adición al Tribunal³⁰, redacta una corta disidencia, a la que adhieren los magistrados Thomas y Gorsuch.

Si bien no se trató de una sentencia de fondo, resulta interesante ver cómo ya en este caso se insinuó una suerte de “grieta” jurisprudencial novedosa, en el marco de la pandemia y en contra ni más ni menos que de un culto. Así como vimos que en el período del *New Deal* el Tribunal amalgamó una nueva coalición de sujetos protegidos por sus fallos -las “minorías discretas e insulares” de *Carolene Products-*, la Corte Renhquist en los noventa se dedicó a ser muy amigable hacia los Estados federados³¹, a los intereses comerciales y a la religión. Esas fueron las “clientelas” de los noventa del siglo pasado. En muchos sentidos, el federalismo, el empresariado y los valores religiosos emergían como serios componentes de la agenda política del movimiento conservador, incluyendo al *docket* judicial. El activismo puede ser progresista o conservador.

En esta causa improbable, ya que es un decisorio en un trámite de amparo y no un pronunciamiento de mérito, Roberts no sólo no vota con la mayoría conservadora, de donde proviene, sino que se va a aliar con una nueva pluralidad y va a escribir una concurrencia en donde da motivos de la decisión. Así, en su coincidencia, Roberts será extremadamente deferente con el criterio del gobernador de California. Los jueves carecen del “sostén técnico, competencia y conocimiento” para saber más que un órgano ejecutivo sub-nacional que se

³⁰ Nominación de complejo trámite de acuerdo en el Senado de los Estados Unidos. Ver, para un estudio de dicha trama, HEMINGWAY, Mollie, y SEVERINO, Carrie, *Justice on Trial (The Kavanaugh Confirmation and the Future of the Supreme Court)*, Washington, Regnery, 2019.

³¹ SCHWARTZ, Herman, “Introduction”, en SCHWARTZ, Herman (Ed.), *The Renbquist Court (Judicial Activism on The Right)*, Nueva York, Hill y Wang, 2002, p. 19.

encuentra “en el terreno” respecto de las mejores medidas a adoptarse en el marco de la pandemia. Se insiste así con la pauta de la deferencia, que el propio Roberts le dará otra coloración en el caso de los *dreamers* que veremos más abajo, adjudicada menos de veinte días después en una sentencia fondal.

Sin embargo, el argumento de la iglesia pentecostalista de la localidad californiana de South Bay era sólido: ¿por qué gravar con un aforo de concurrencia mayor por la pandemia a un culto que a los demás negocios seculares? ¿No se producía así un ataque solapado a la religión, que aparece de esta manera marcada especialmente?

De ello se hace eco la nueva “minoría conservadora”: las guías contenidas en el decreto del Gobernador discriminan a las iglesias, máxime cuando el culto accionante se avenía a las normas de higiene y distanciamiento social necesarios para el combate de la pandemia. También aceptaba las pautas que se dieran con carácter general pero no focalizado a la religión. Le causaba agravio que un culto fuera perjudicado en relación con otras actividades a ser reanudadas.

La disidencia de Kavanaugh, Gorsuch y Thomas marcó si se quiere una sonora diferencia, al interpretar más cabalmente a los precedentes judiciales protectorios de la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda. Sin embargo, Kavanaugh y Thomas se verían de nuevo en la minoría, junto con Alito, en otras decisiones célebres de este año judicial atípico en todo el sentido de la expresión. Y Roberts volvería a votar junto al grupo “progresista”. Se transformaría en un nuevo *swing vote*, el voto oscilante que se convierte en decisivo, como era su predecesor Anthony Kennedy.

VI.- Orientación sexual

La Suprema Corte tuvo ocasión de fallar sobre personas LGTBI y las relaciones en el empleo en *Bostock v. Clayton Co.*, sentencia del 15 de junio de 2020. En autos se consolidaron tres casos, que tenían en común que los actores habían sido cesados por su orientación sexual, con lo cual habían demandado a sus empleadores por incumplimiento del título VII de la *Ley de Derechos Civiles* de 1964. Los tres empleados (Gerald Bostock, Donald Zarda y Aimee Stephens, estas dos últimas personas fallecidas) obtuvieron pronunciamientos diversos

de las Cámaras federales de Circuito correspondientes, por lo que resultaba necesaria una resolución del Superior Tribunal para poner un *quietus* jurisprudencial en la materia.

Recuérdese que la discriminación con motivo de la orientación sexual fue objeto de tratamiento en precedentes del Alto Tribunal tales como *Romer v. Evans*³², *Lawrence v. Texas*³³ y sobre todo, *Obergefell v. Hodges*³⁴, en donde se avanzó con el matrimonio igualitario.

La mayoría del Tribunal en *Lawrence* procedió a invalidar una ley del Estado de Texas que penaba las relaciones homosexuales consensuales entre adultos bajo el parámetro de la cláusula del Debido Proceso³⁵. Para llegar a esta conclusión, sorprendentemente y tal como había acontecido en unos pocos casos contemporáneos³⁶, la pluralidad de la Corte fundamentó su decisión en material extranjero, algo no habitual en el Alto Tribunal norteamericano, incluso de la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y que cubre a los Estados miembros del Consejo de Europa³⁷. Ello no fue pacífico, ya que una corriente interpretativa en la doctrina norteamericana adhiere firmemente a una suerte de “patriotismo constitucional”, despreciando y minusvalorando cualquier aporte del derecho comparado a las discusiones relevantes del momento³⁸.

³² 517 U.S. 620 (1996)

³³ 539 U.S. 558 (2003)

³⁴ 576 U.S. 644 (2015)

³⁵ IDES, Allan; MAY, Christopher N. y GROSSI, Simona, *Constitutional Law (Individual Rights)*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2019, p.289. El voto mayoritario fue redactado por el juez Anthony Kennedy. Hizo lo que creía correcto desde el punto de vista jurídico. Kennedy era “un devoto y observante católico; no necesitaba ser instruido en las prohibiciones religiosas y morales de la conducta homosexual”. TOOBIN, Jeffrey, *The Nine (Inside The Secret World of the Supreme Court)*, Nueva York, Doubleday, 2007, p. 189.

³⁶ Puede mencionarse en este sentido a *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304) del año 2002. SAUNDERS, Cheryl, “Judicial Engagement with Comparative Law”, en GINSBURG, Tom, y DIXON, Rosalind (Editores), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, p. 571

³⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El recurso al derecho extranjero y al intérprete externo en la interpretación e integración de la Constitución Nacional*, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, septiembre de 2009, tomo I, p. 99.

³⁸ Las dos posturas, representas por sendos integrantes de la Suprema Corte en ese momento, en el debate “A Conversation between U.S. Supreme Court Justices (The relevance of foreign legal materials in U.S. Constitutional Law cases: Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer)”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. I, número 4, octubre de 2005, p. 519. El difunto Scalia sostenía la no aplicación de los precedentes foráneos; el juez Breyer (que ha votado con la mayoría en los casos que reseñamos) afirmaba lo contrario. Se ha correlacionado al ala más conservadora como opuesta a la cita de datos extranjeros, como al ala “progresista” como más proclive a su referencia. HIRSCHL, Ran, *Comparative Matters (The Renaissance of Comparative Constitutional Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 143.

Obviamente, el punto cúlmine en este desarrollo lo constituye el caso *Obergefell*. Allí el juez Anthony Kennedy, el famoso “swing vote” hasta su retiro, trae a colación la centralidad de la institución matrimonial, a la vez que puntualiza que su historia ha sido una marcada “tanto por la continuidad como por el cambio”, adoptando un criterio subjetivo de índole evolutiva.³⁹

Aquí se presenta el problema del alcance de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Esa fue, como se recordará, una “legislación portaestandarte” -en los términos de Bruce Ackerman- en la lucha por la igualdad racial, cubriendo otras hipótesis de discriminación como la de “sexo”, que es la que en esta causa se va a examinar con profusión argumental.

Claro que en este caso se patentiza como nunca los arduos problemas de la interpretación, en definitiva, la descodificación del “mensaje”. Si bien aquí se trataba de un material legislativo, involucrando lo que en el mundo anglo-norteamericano se llama “interpretación estatutaria”, la lectura -proviniente de una Alta Corte- no puede dejar de comprometer aristas de la mega-política constitucional, en el medio de hondas grietas filosóficas y cosmovisionales (*culture wars*). De todos modos, la Suprema Corte, si bien de manera zigzagueante, ha reconocido *standing to sue* o legitimación activa para obrar en caso de derechos que derivan ya no de un texto constitucional expreso, sino de la ley.⁴⁰ Es como acontece en nuestro ordenamiento jurídico, en donde el art. 43.1 CN autoriza a la acción de amparo contra lesiones a derechos reconocidos por “esta Constitución, un tratado o de una ley”.

Debe convenirse que, a tenor de los usos y costumbres de inicio de la década de los sesenta del siglo pasado, lo que podía entenderse por discriminación sexual distaba mucho de ser lo que hoy comprendemos por tal. Como ya sugerimos con anterioridad, el derecho es un producto netamente evolutivo, donde los cambios en las valoraciones sociales gravitan de

³⁹ EDLIN, Douglas E., *Common Law Judging (Subjectivity, Impartiality and the Making of Law)*, ob. cit., 114

⁴⁰ Por ejemplo, en 409 U.S. 205 (1972). La temática en CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law (Principles and Policies)*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2019, p. 77, bajo el subtítulo “injuries to statutory rights”. Hay leyes tan importantes en el diagrama institucional norteamericano que son consideradas “super-leyes”: “Leyes de esta clase no sólo se dirigen a resolver la distribución del poder gubernamental, derechos fundamentales, pero también tienden a tener la misma capacidad que las cláusulas constitucionales formalmente incorporadas para estabilizar ciertos arreglos o entendimientos políticos”. DIXON, Rosalind, y LANDAU, David, “Democracy and the constitutional minimum core”, en GINSBURG, Tom, y HUQ, Aziz Z. (Editores), *Assessing Constitutional Performance*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016, p. 274.

modo notable. La sociedad norteamericana, como la mundial, vio alterada su matriz hacia fines precisamente de ese decenio. No sólo cambian las costumbres sino también el concepto mismo de igualdad, que es lo que está aquí en discusión. Cuánta latitud le damos a la noción de “sexo”, si se refiere puramente al género biológico, o a las demás discusiones que vienen conexas.

Para llegar a la conclusión a la que arriba, la mayoría se esfuerza en demostrar que es escrupulosamente fiel al *texto legal*. Es decir, a diferencia de lo que hubiese hecho cualquier otra Alta Corte y apelar a cánones evolutivos, similares a los de “la constitución viviente”⁴¹ o el “árbol viviente”⁴², parecería que sólo logra consenso hoy en la Suprema Corte una postura que *al menos aparezca como muy deferente al tenor gramatical de la ley*.

El magistrado pre-opinante, Neil Gorsuch⁴³, que habla por una mayoría que se impuso por seis votos a tres, se empeña en recalcar que la tesis aquí asumida es textualista⁴⁴, incluso citando al padre del textualismo e ícono del conservadurismo judicial en el Tribunal, el difunto Antonin Scalia, citando un famoso libro suyo en coautoría con Bryan Garner en abono de su tesis.

Debe quedar en claro que las consideraciones sobre las personas homosexuales o transgénero se enlazan insolublemente con la palabra “sexo” que utiliza la legislación, que

⁴¹ ACKERMAN, Bruce, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁴² De ese modo se realiza la interpretación constitucional en Canadá desde el pronunciamiento “canónico” del Consejo Privado británico, entonces competente allí, en *Edwards v. Attorney General of Canada*: “La Ley de Norte América Británica plantó un árbol viviente en Canadá capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales”. WEBBER, Jeremy, *The Constitution of Canada (A Contextual Analysis)*, Oxford, Hart, 2015, ps. 145/146, quien evoca esa decisión que interpretó el concepto de “persona” para admitir que las mujeres integrasen el Senado, de manera “evolutiva y adaptativa” y no originalista, como se lo hubiese hecho a la fecha de la Confederación.

⁴³ Nombrado por Trump tras la muerte de Scalia en 2017. En un mitín político en la ciudad de Tulsa, Oklahoma, el 20 de junio de 2020, ante escaso público, Trump dijo que había logrado poner dos jueces en la Corte (el propio Gorsuch y Kavanaugh) y que estaría alrededor de 300 nominaciones para los estrados federales inferiores al final de este mandato presidencial, lo cual le dio a dichas designaciones un tinte marcadamente político-partidario. Empero, convendría recordar a Charles Warren, cuando dice que “las esperanzas de aquellos que pretenden que un juez siga la línea política del Presidente que los ungió se ven defraudados”. ABRAMS, Henry J., *The Judicial Process*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, p.73.

⁴⁴ En el caso constitucional, los propulsores del interpretativismo piensan que “la Constitución tiene un significado para el cual no hace falta recurrir a fuentes extra constitucionales”. BELTRAN, Miguel, *Originalismo e interpretación (Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional)*, Madrid, Civitas, 1989, p. 45, Énfasis original. En el plano legal, la mayoría aquí amalgamada por Gorsuch rechaza cualquier planteo al exterior de los vocablos empleados por el Título VII de la Ley de Derechos Civiles y los tres precedentes de la Suprema Corte que en relación al sexo tuvieron ocasión de interpretarlos.

nunca será un criterio válido para decisiones patronales que tengan que ver con el trabajo. Y ahí termina el debate. Rechaza por ende tanto las quejas de los disidentes (es habitual que los jueces del Tribunal dialoguen a través de sus votos) como de los empleadores, por *no ser suficientemente textualistas. Es combatir el textualismo con más textualismo, una guerra o combate de léxicos. ¡Cómo que los significados fuesen unívocos y las palabras no tuvieran una “cualidad de penumbra”*⁴⁵!

El textualismo es tan fuerte que aquí le gana la partida al originalismo. Los demandados quisieron llevar la pelota a ese terreno; la mayoría entiende como los canonistas: “*in claris non fit interpretatio*”. Todo intento hermenéutico queda aprisionado antes que en la fecha de sanción de la ley -1964- o en su historia legislativa, en el plano lexical. Tal vez los diccionarios de esa época, pero diccionarios al fin. La gramaticalidad fuerte venció aquí.

Antonin Scalia afirmaba en un escrito suyo que el textualismo se basa en el canon “*expressio unis est exclusio alterius*” (La expresión de esto es la exclusión de lo otro)⁴⁶ Con esa confesión hermenéutica, se cancelan los contextos y las implícitudes⁴⁷, la intención originaria y hasta la historia legislativa. Interesa la *lex scripta*: nada más. Los “silencios e implícitudes” de Bidart Campos, las “penumbras” del juez William Douglas, la Novena Enmienda, todo ello queda expelido del radar textualista. No cabe en este pensamiento una noción evolutiva⁴⁸ o de “constitución viviente”, que son expresamente rechazadas por sus corifeos.

La disidencia del juez Alito, precisamente, va a retomar en el punto donde dejó la mayoría. La pluralidad de la Corte, señala el disidente, legisla. Es lo peor pecado que se puede endilgar a un juez hoy en día en un ambiente políticamente muy divisivo y conflictivo: que invade las incumbencias del Congreso, excediéndose en las propias.

VII.- “Dreamers”

⁴⁵ SEGAL, Jeffrey A., y SPAETH, Harold J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Nueva York, Cambridge University Press, 1993, p. 34.

⁴⁶ SCALIA. Antonin, “Los tribunales del *Common Law* en un Sistema de Derecho Continental: El Rol de los Tribunales Federales de los Estados Unidos en la Interpretación de la Constitución y las Leyes”, en SCALIA, Antonin, *Una cuestión de interpretación (Los Tribunales Federales y el Derecho)*, Lima, Palestra. 2015, p.89.

⁴⁷ En la vereda de enfrente, Tribe considera que la cláusula de los derechos no enumerados de la Enmienda Novena configura una regla de interpretación que impide, precisamente, este punto de vista. TRIBE, Laurence H., TRIBE, Laurence, *The Invisible Constitution*, Nueva York, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 146.

⁴⁸ Es más, para la Sociedad Federalista, semillero de juristas conservadores, los criterios “evolutivos” desencadenan activismo judicial. AVERY, Michael, y MCLAUGHLIN, Danielle, *The Federalist Society (How Conservatives Took the Law Back from the Liberals)*, Nashville, Vanderbilt University Press, 2013, p. 189.

El tercer fallo, decidido en la misma semana que el anterior (sentencia del 18 de junio de 2020, *Department of Homeland Security et al. v. Regents of the University of California et al.*), también es la adjudicación resultante de la consolidación de varias demandas de amparo deducidas en instancias federales inferiores. La *litis* versó sobre el programa DACA (*Deferred Action for Children Arrivals*) iniciado en 2012 por la Administración Obama, que consistía en autorizar la permanencia en los Estados Unidos de millones de personas que habían ingresado de pequeños de modo ilegal, admitiendo que pudiesen trabajar y obtener beneficios sociales. Ese colectivo está muy asimilado e integrado a la sociedad americana: ha madurado en su seno, ha estudiado en sus escuelas y universidades, eventualmente ha formado una familia allí. Son los llamados “dreamers”: los que querían ser parte del “sueño americano” (*American Dream*). Tres años más tarde, el mismo gobierno lanzó un programa para los padres (DAPA).

La impugnación de veintiséis Estados al DACA estuvo predicada sobre la base de un supuesto exceso reglamentario, ya que sus autoridades sub-nacionales entendieron que el mismo iba contra la Ley de Inmigración y Naturalización (muy conocida por sus siglas en inglés: INA) y que, en definitiva, las excepciones debían ser previstas por ley formal del Congreso, no por acción o inacción de las agencias administrativas.

Con la llegada de la Administración Trump en enero de 2017, y como parte de una política pública anti-inmigración, estos programas se vieron ya cuestionados desde el mismo centro del poder federal. La Secretaria interina del Departamento de Seguridad Interior (*Department of Homeland Security*, sobre la base de una recomendación del ex Secretario de Justicia (*Attorney General*) Jeff Sessions, consideró que el programa DACA no debía continuar, a lo que adhirió su sucesora en el cargo K. Nielsen.

Las agencias de la Administración Pública norteamericana disfrutaban de considerable latitud (*deference*) a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico. Es en virtud de esa pauta-guía de deferencia, que el ente administrativo no suele ser molestado a la hora de efectuar sus determinaciones, por un intrusivo control jurisdiccional. Uno de los primeros ítems que debía, pues, examinar el Tribunal era si esos actos eran revisables en sede judicial.

En este caso, el magistrado ponente es el Presidente mismo de la Suprema Corte (*Chief Justice*) John Roberts, que aún con un origen conservador se ha transformado como ya vimos

en *South Bay* en el “*swing vote*”, es decir, el voto pendular que puede favorecer posturas más “pro-derechos” o “pro-poder” según las circunstancias. Roberts consideró, de modo liminar, que la acción del Departamento de Seguridad Interior era materia revisable bajo el paraguas de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA, por sus siglas en inglés). Para llegar a esta primera conclusión, se basa en el memorándum de la primera funcionaria interviniente. Entiende que su sucesora debía explayarse sobre esas motivaciones más que introducir “racionalizaciones ex post”.

Debe haber, según los *valores* inmanentes al procedimiento administrativo, un hilo conductor que concatene los razonamientos de las funcionarias actuantes, partiendo de los *motivos iniciales que determinaron el curso de acción a seguir*. DACA es un programa vasto y complejo, que involucra múltiples situaciones, que no sólo comprende beneficios, es decir, prestaciones positivas, o mejor dicho, la elegibilidad para tales subsidios, sino plazos de no deportación y una constelación de otros intereses conexos.

El Estado alegó ante los estrados de la Suprema Corte que la Administración, en la medida en que debía no ejecutar la ley migratoria, no podía estar sujeta a contralor judicial. Disfruta de un margen de acción similar -interesante analogía- a la de los fiscales cuando deciden ir adelante con una persecución penal o no (Recordemos que en los Estados Unidos, el ministerio público fiscal tiene fuertes matices ejecutivistas, a punto tal que en esos días el gobierno cesó al fiscal federal de Manhattan). Para la mayoría del Tribunal, la secuencia de actos del Departamento de Seguridad Interior demostraba que la rescisión de DACA había configurado un “acto arbitrario y caprichoso”, es decir, fundado en la mera voluntad del decisor y no una derivación razonable del plexo normativo, ya que no sólo se trataba de conductas omisivas sino también positivas. La agencia encargada de la seguridad interna tampoco había ponderado los demás intereses afectados por sus decisiones. Se decide devolver las actuaciones y que la sede administrativa mejore su tesis argumental

Una pluralidad, empero, con otra conformación (aquí si adhirió el bloque conservador) desestimó el reclamo de los demandantes basado en la cláusula de la igualdad de protección bajo las leyes. Ello es otra prueba de la *avoidance doctrine* en movimiento y dinámica. La jueza

latina Sonia Sotomayor, que se había sumado al voto de Roberts, aquí disintió, tratando el impacto de las medidas de Donald Trump en su comunidad⁴⁹.

Con matices, las disidencias de los jueces Thomas, Alito y Kavanaugh enfatizan el vicio de ilegalidad originario del programa, y en definitiva, un gran margen de apreciación administrativa para lograr su finiquitación de una vez.

VIII.- Conclusiones

Estos dos últimos decisorios nos ilustran de una nueva tendencia de la Suprema Corte norteamericana, que en la misma semana resolvió a favor de personas homosexuales y transgénero, e inmigrantes. El Tribunal, empero, lo hizo de una manera única y distinta, muy disímil al enfoque que hubiera utilizado cualquier Alta Corte (Suprema Corte, Tribunal Constitucional, Tribunal transnacional) del planeta.

Ocurre que esa defensa de minorías no lo hace ni desde la Constitución⁵⁰ ni desde tratados internacionales de derechos humanos. Lo hace desde el marco legal: la norma anti-discriminatoria del Congreso de 1964 en un caso, la Ley de Procedimientos Administrativos en el otro. Ni opera ni actúa postulados constitucionales de mayor alcurnia. Considera que con el material infra-constitucional le basta y sobra para apostrofar lo que no le parece coherente desde el punto de vista jurídico.

Es decir, emplea cánones del “juez legal”, enfatizando la “evitación constitucional”. No apela ni al dinamismo ni a la evolución de las instituciones o de las costumbres sociales. Los cambios se hacen dentro de la ley y de los procedimientos, en un esquema formalista. Y sobre todo, como no podía ser de otra manera en este sistema, con una reverencia a su propia línea de precedentes, que son traídos a colación de modo permanente y constante, hilvanándose uno tras otro.

Así, este modo de razonar y de derivar el derecho no fogonea drásticos cortes interpretativos, pese a la queja de la “minoría conservadora” de esa semana de junio expresada

⁴⁹ Sobre sus declaraciones, antes de asumir su cargo en la Suprema Corte, acerca de cómo incidiría en sus decisiones su condición de mujer y latina, EDLIN, Douglas E., *Common Law Judging (Subjectivity, Impartiality and the Making of Law)*, ob. cit., p.2.

⁵⁰ Cuando tuvo que hablar de “extranjeros”, el juez Blackmun en *Graham v. Richardson* (403 U.S. 365 (1971)), p. 372) evoca su carácter “discreto e insular” en los términos de la nota 4 del voto Stone en *Carolene Products* analizada *supra*.

en agrios votos disidentes. El Tribunal se cuida mucho de “legislar desde el estrado” y sobre todo de socavar la voluntad congresional, de nuevo sin perjuicio de las manifestaciones de los discrepantes.

Los fallos no dejan de tener lecturas políticas. La pandemia requería de una cohesión extraordinaria (no es menor el rol del Presidente de la Corte⁵¹) aún a riesgo de no ser muy fiel a sus antecedentes, y los grupos homosexuales e inmigrantes han sido muy estridentes en sus demandas, lejos de la concepción de las “minorías discretas e insulares”. Una trabajosa mayoría les dio la razón, tal vez por no ser impopulares. Días después, el 25 de junio, desechó un pedido de revisión de asilo de un ciudadano de Sri Lanka a través de un *hábeas corpus*: ahí la mayoría conservadora, frente al tema de la seguridad nacional, volvió a funcionar monóticamente, con una persona integrante de un colectivo mucho menos popular (*Department of Homeland Security v. Thuraissigiam*). Es que la primavera terminaba el 19 de junio, al día siguiente de la sentencia de los *Dreamers*.

Tal vez el acendrado “departamentalismo” del diseño constitucional norteamericano, en donde cada “rama” (*branch*) tiene funciones muy determinadas y precisas, coherentes con la forma de gobierno presidencialista que conlleva -en términos de Loewenstein- la famosa “interdependencia por coordinación” contribuye decisivamente a este horizonte, respetuoso de los equilibrios que suministra el diseño institucional. Pero hay minorías, como pasó ya en el *New Deal*, que comienzan a ser escuchadas en el Tribunal. Por qué son éstas y no son otras hacen a la discreción de los jueces de la Suprema Corte, en donde primero se decide y luego se escribe. Se van formando diversas “coaliciones”, propias de la dinámica de todo Colegiado, a partir en el caso de la *Supreme Court* de las audiencias orales ante sus estrados⁵².

El año judicial que acaba de terminar fue extraordinario por la incidencia de la pandemia, que obligó a audiencias por tele-conferencias, algo anatemático en un Tribunal anclado en las *mores* del siglo XIX. Lograron filtrarse dos minorías que no les va mal en las encuestas, alineadas al partido demócrata pero que alguna vez podrían “cambiar de barco”, al margen de la creciente impopularidad del Presidente. En particular, el “Chief Justice” Roberts

⁵¹ La matriz de este oficio en DANIELSKI, David J., y WARD, Aremus (Editores), *The Chief Justice (Appointment and Influence)*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 2016.

⁵² BLACK, Ryan; JOHNSON, Timothy R., y WEDEKING, Justin, *Oral Arguments and Coalition Formation on the Supreme Court (A Deliberate Dialogue)*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 2014, p. 12.

sabe que tendrá que lidiar con un Congreso con más legisladores demócratas, o con un demócrata en la Casa Blanca, luego de las elecciones del mes de noviembre. Ello hace que en este momento, el factor ideológico o “actitudinal” pase a un segundo plano, y cuente mucho más el pragmatismo o consideraciones de índole estratégicas. Más allá de todas las construcciones, se confirma el dicho de que la Corte lee las encuestas.